

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Tsiviilõiguse õppetool

Aira Praakle

Võimaluse kaotuse põhimõtte ja selle kasutamise võimalused Eesti õiguses

Magistritöö

Juhendaja
Mag iur Tambet Tampuu

Tartu
2015

SISUKORD

Sissejuhatus	4
1. <i>CONDITIO SINE QUA NON</i> PÕHIMÕTE JA SELLEST TEHTAVAD ERANDID KAHJU HÜVITAMISEL.....	8
1.1. <i>Conditio sine qua non</i> põhimõtte üldisloomustus.....	8
1.2. <i>Conditio sine qua non</i> põhimõtte kohaldamise probleemjuhtumid	15
1.2.1. Juhuse ja kahju põhjuse eristamine	15
1.2.2. Õigluse tagamise vajadus olukorras, kus kannatanu ei suuda tavaliselt nõutaval määral tõendada kahju hüvitamiseks vajaliku põhjusliku seost	17
1.2.3. Põhjusliku seose tuvastamise vaieldavus inimotsustusest sõltuva tagajärje korral	19
1.3. Kahju põhjustamiseks piisava asjaoluga arvestamise põhimõte.....	20
1.4. Põhjusliku seose tõendamise koormuse ümberjagamine kannatanu kasuks	24
1.5. Põhjusliku seose tuvastamise erisused alternatiivse kausaalsuse juhtumitel.....	27
2. VÕIMALUSE KAOTUSE PÕHIMÕTE JA SELLE ARVESTAMINE KAHJU HÜVITAMISEL.....	31
2.1. Võimaluse kaotuse põhimõtte üldisloomustus.....	31
2.2. Kahjuhüvitise arvutamise võimalused võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamisel.....	37
2.2.1. Võimaluse kaotuse hüvitamine „kõik-või-mitte-midagi“ põhimõttel.....	37
2.2.2. Kahju hüvitamine proportsionaalselt võimaluse kaotuse määraga	38
2.2.3. Võimaluse kaotusest tekkinud kahju hüvitamine arvestades oodatud tulemuse saavutamise tõenäosust enne ja pärast rikkumist.....	40
2.3. Tõenäosusliku kausaalsuse põhimõtte ja selle eristamine võimaluse kaotuse põhimõtetest.....	41
2.4. Võimaluse kaotuse põhimõtte rakendusvaldkonnad.....	46
2.4.1. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine tervishoiuteenuse osutamise juhtudel	46
2.4.2. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine õigusabiteenuse osutamise juhtudel	51
2.4.3. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine avalik-õiguslikes suhetes tekkinud vaidluste korral	55
2.4.4. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine muude tsiviilõiguslike vaidluste korral	57

Kokkuvõte	60
The Loss of Chance Doctrin and its Application Possibilities in Estonian Law. Summary	66
Kasutatud allikate loetelu	72
Kasutatud kirjandus	72
Kasutatud kohtupraktika	75
Kasutatud normatiivmaterjal.....	77
Kasutatud muud materjalid	77
Kasutatud lühendid	78
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks	79

SISSEJUHATUS

Õigus ei ole midagi staatilist, õigus muutub ja areneb koos ajaga.¹ On täheldatud, et õigus on inimeste poolt loodud selleks, et saavutada teatud eesmärgid.² Kuid aeg läheb edasi ja inimeste eesmärgid ajas muutuvad. Ühelt poolt võimaldab seda tehnoloogia ja teaduste areng, teiselt poolt ajas muutuv tunnetus, mida inimesed peavad õiglaseks ja mida nad loodavad õiguse abil saavutada. Seoses inimeste uute ootustega õigusele, tekib küsimus, kas ka õigusmõtlemises on vaja muutusi.

Inimeste ootusi ajas võib iseloomustada järgmise näite abil. Patsient saabub jalaluu murruga haiglasse ning jalg pannakse kipsi. Mõne aja möödudes kaebab patsient valvearstile, et kips jala ümber on muutunud pruunikaks ning jalg valutab. Valvearst jätab patsiendi kaebused tähelepanuta, arvates, et need on loomulikud kaebused seoses luumurruga. Patsiendil kujuneb gangreen ning jalg amputeeritakse. Patsient esitab nõude, et kui teda oleks ravitud õigeaegselt, oleks tema jalg paranenud. Arst esitab aga vastuväite – isegi siis, kui patsienti oleks õigeaegselt ravitud, võinuks ta kaotada oma jala. Seega kui asendame arsti tegevusetuse kohase tegevusega, võib saabuda ikkagi ebasoovitav tagajärg.³ Vaadates toodud kaasust, oleks kauges minevikus kannatanu jalg loodusest leitava abil kokku seotud ning tehtud lihtne järeldus: kui isik poleks kukkunud, oleks tal jalg terve. Aja möödudes on tekkinud moodsa meditsiini ning nüüd ootab iga patsient, et jalaluu murru korral tehakse vajalikud operatsioonid (jalaluud ühendatakse nt kruvidega) ning ta saab jälle käia. Inimesed ei eelda enam, et luumurruga kaasneb liikumisvõimalusest ilma jäämine. Meditsiini ja tehnoloogia areng on võimaldanud kasutusele võtta meetodeid, mida minevikus ei osatud ette kujutada. Veelgi enam, tehnikaseadmed võimaldavad hinnata patsientide seisundit igal ajahetkel ning pärast iga meditsiinitoimingut, seoses sellega ka tervenemise võimalusi erinevatel ajahetkedel. Tekib küsimus, kas ka teatud traditsioonilised põhimõtted õiguses peaksid muutuma.

Kahju hüvitamise üheks tingimuseks nii lepinguõiguse kui ka deliktiõiguse korral on põhjusliku seose olemasolu tekkinud kahju ja rikkumise (õigusvastase teo) vahel. Traditsiooniliselt on põhjuslikku seost tuvastatud *conditio sine qua non* (ladina keeles, edaspidi CSQN) põhimõtte abil, kasutades asendamise- ja elimineerimismeetodit. G. Calabresi

¹ Vt ka R. Narits. Space and Time as Central Issues of Society's Perception of Law. Integral Link between Law and Time and Space. – *Juridica International*, 2003, pp 120-127.

² G. Calabresi. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. – *University of Chicago Law Review*, 1975, Vol. 43, Issue 1, p 105.

³ Vt ka käesolev töö lk 47.

on täheldatud, et varem või hiljem tekib eraõigusega kokkupuutuvatel õigusteadlastel küsimus kausaalseosest.⁴ Tekivad küsimused, keda ja millal saab lugeda vastutavaks tekkinud kahju eest, kuidas ületada põhjusliku seose tuvastamise probleeme, kas põhjusliku seose tuvastamine on võimalik või vajalik muul viisil kui CSQN põhimõtet järgides.

Magistritöö on jagatud kaheks peatükiks, millest esimene käsitleb põhjusliku seose tuvastamist laialt levinud CSQN põhimõtte alusel ning osutab antud põhimõtte probleemkohtadele. Lisaks käsitletakse erinevaid meetodeid, mida kasutatakse nende probleemide ületamiseks. Töö teine peatükk kajastab lähemalt võimaluse kaotuse (*loss of chance*, inglise keeles) põhimõtet, mida kasutatakse ühe alternatiivina põhjusliku seose tuvastamise probleemide korral mujal maailmas, kuid mida Eesti kohtupraktikast ei leia.⁵ Selline magistritöö ülesehitus võimaldab käsitleda selgelt hetkel Eestis kehtivaid meetodeid põhjusliku seose tuvastamisel ning seejärel edasi liikuda võimaluse kaotuse põhimõtte analüüsimise juurde.

Esimeses peatükis on magistritöö autori eesmärk analüüsida kehtivat CSQN põhimõtte rakendamist ning leida vastus küsimusele, kuidas lahendatakse põhjusliku seose probleeme, mida CSQN põhimõtte üheselt ei lahenda. Antud analüüsi kajastamine on vajalik selleks, et vastata ühele magistritöö peamisele uurimisküsimusele – kas CSQN põhimõtte vajaks teatud olukordades alternatiivi. Samuti võimaldab see edasi liikuda magistritöö teise peatüki juurde, mille eesmärk on analüüsida, kas võimaluse kaotuse põhimõtte oleks sobilik alternatiiv põhjusliku seose tuvastamise probleemide korral, kuidas see sobituks Eesti õiguskorda ning millised oleksid selle põhimõtte rakendusvaldkonnad.

Võlaõigusseaduse (edaspidi VÕS⁶) § 127 lg 4 näeb ette põhjusliku seose kindlakstegemise teo/tegevusetuse ja tekkinud kahju vahel, mis kehtib nii lepingulise kui ka deliktilise vastutuse korral. Ollakse seisukohal, et põhjusliku seose kindlakstegemise juures tuleb eristada kahte tasandit: vastutust tekitavat kausaalsust ja vastutust täitvat kausaalsust.⁷ Vastutust tekitav kausaalsus seisneb hindamises, kas põhjuslik seos esineb kahju väidetava põhjustaja teo ning keelatud tagajärje vahel.⁸ Vastutust täitev kausaalsus on vajalik selleks, et panna kostja

⁴ Calabresi, p 69.

⁵ Vt ka RKTko 3-2-1-175-12.

⁶ Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 11.04.2014, 13.

⁷ Vt ka C. van Dam. European Tort Law. Oxford University Press, 2006, pp 268-269. Seda kasutab ka Saksa tsiviilõigus, kus vastutust tekitavat kausaalsust tähistatakse *haftungsbegründende Kausalität* (saksa keeles) ja vastutust täitvat kausaalsust *haftungsausfüllende Kausalität*.

⁸ T. Tampuu. Lepinguvälised võlasuhted. Õigusteaduse õpik. Tallinn: Juura 2012, lk 189.

vastutama kahju eest, mida hageja väidab olevat enesel tekkinud kostja teost,⁹ teisisõnu, kas kostja tegu oli konkreetse kahju põhjuseks.

Põhjusliku seose tuvastamise etapid jagunevad omakorda kaheks: faktilise põhjusliku seose tuvastamine ning õiguslikult relevantse põhjusliku seose tuvastamine.¹⁰ Esimeses etapis uuritakse, kas kostja tegu oli hagejal tekkinud kahju vajalikuks põhjuseks. Selleks kasutatakse traditsiooniliselt CSQN põhimõtet. Teises etapis antakse kahju põhjusele õiguslik hinnang, millega kõrvaldatakse osa isikuid vastutusele võetavate isikute ringist.¹¹

Käesolev töö keskendub põhjusliku seose tuvastamisele põhjusliku seose mõlemal tasandil, kuid piirub selle tuvastamise esimese etapiga: kahju vajaliku põhjuse tuvastamise probleemidega. Kohtupraktikas on üldtunnustatud, et kahju vajaliku põhjuse tuvastamine tähendabki kahju põhjustamise tuvastamist CSQN põhimõtte alusel.¹² Samuti piirub käesolev töö peamiselt varalise kahju probleemidega, olgugi et nii varalise kui ka mittevaralise kahju hüvitamise korral tuleb tuvastada kausaalse olemasolu, kuid just varalise kahju korral on probleemiks põhjusliku seose tuvastamine (mittevaralise kahju tekkimist teatud juhtudel eeldatakse, nt tervisekahjustused).

Käesoleva töö kirjutamisel on kasutatud analüütilist ja võrdlevat uurimismeetodit. Analüüsitud on kehtivat põhjusliku seose tuvastamise meetodit – CSQN põhimõtet – ning erinevaid probleeme põhjusliku seose tuvastamisel, samuti võimaluse kaotuse põhimõtet ja selle rakendamise võimalust ning valdkondi Eesti õiguses. Võrreldud on erinevaid kausaalse seose tuvastamise variante ja meetodeid, erinevate riikide, Euroopa Kohtu ja Euroopa Inimõiguste kohtu praktikat põhjusliku seose tuvastamisel.

Magistritöö koostamisel on autor kasutanud eelkõige võõrkeelset õiguskirjandust, kuna võimaluse kaotuse põhimõtet puudutav eestikeelne õiguskirjandus on napp. Vähesel määral käsitleb põhimõtet D. Sõritsa magistritöö „Tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus“ ja E. Kalevi artikkel „The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within the Victim’s Sphere.“ Magistritöös on kasutatud rahvusvaheliselt

⁹ T. Tampuu. Deliktiõigus võlaõigusseaduses. Üldprobleemid ja delikti üldkoosseisul põhinev vastutus. – Juridica, 2003, nr 2, lk 76.

¹⁰ A. Fenyves jt. Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. – Tort and Insurance Law, Vol 30. De Gruyter: Berlin; Boston 2011, p 449.

¹¹ Tampuu 2003, lk 76.

¹² Vt RKTko 3-2-1-171-10 p 16; RKTko 3-2-1-149-05 p 13; RKTko 3-2-1-45-08 p 17; RKTko 3-2-1-129-13 p 23; RKTko 3-2-1-53-06 p 11.

tuntud õigusteadlaste J.H. King, S. Shavell, N. Jansen jt töid, mis on avaldatud erinevates ülemaailmsetes teadusajakirjades, nt European Review of Private Law, The Modern Law Review, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Oxford Journal of Legal Studies. Vähesemal määral on kasutatud ka Eesti teadusajakirjas Juridica ja Juridica International ilmunud artikleid. Antud teema käsitlemist on uuritud teistes riikides, mh Ameerika Ühendriikides, Prantsusmaal ja Saksamaal. Selleks on kasutatud erinevate riikide kohtupraktikat ning võrdlevat analüüsi käsitlevaid töid B. Winiger, C. Van Dam, B.A. Koch, R.C Ferreira jt õigusteadlastelt. Lisaks on uuritud võimaluse kaotuse põhimõtte kasutamist Euroopa Kohtu ja Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikas, mida on kõrvutatud Eesti Riigikohtu ja alama astme kohtute praktikaga.

1. *CONDITIO SINE QUA NON* PÕHIMÕTE JA SELLEST TEHTAVAD ERANDID KAHJU HÜVITAMISEL

1.1. *Conditio sine qua non* põhimõtte üldiseloostus

Tsiviilõiguse üks küsimusi on võlasuhetest tulenevate kohustuste täitmine ning nende täitmata jätmisel või mittenõuetekohasel täitmisel tekkinud kahju hüvitamine. Poolte kohustused võivad tuleneda erinevatel alustel lepingutest (müügi-, käsundus-, töö-, tervishoiuleping jne) ning seadustest ning vastavalt sellele saab hageja nõuda kahju hüvitamist tulenevalt lepingust või deliktist.¹³ Kohustuse rikkumise (sh lepingurikkumise) juhul tuleb võlaõigusseaduse § 127 lg 2, 134 lg 1 ja 1045 lg 3 järgi tuvastada, milliseid huve antud kohustus kaitsma pidi ning asetada kahjustatud isik kahju hüvitamise kaudu olukorda, milles ta oleks olnud, kui antud kohustust ei oleks rikutud.¹⁴

Kahjunõude korral tuleb tuvastada, et kannatanul tekkis kahju ning väidetav kahju põhjustaja pani toime lubamatu teo (kas seadusest või tehingust tuleneva kohustuse rikkumise (VÕS § 115) või õigusvastase teo VÕS 53. ptk või kahju hüvitamise erikoosseisu mõttes). Seejärel tuleb tuvastada, et kannatanul tekkinud kahju on kostja teo tagajärg ehk leida põhjuslik seos kahju ja kahju väidetava tekitaja teo vahel. Põhjuslik seos on nii lepingulise kui ka deliktilise vastutuse koosseisu üheks elemendiks ning sellel on absoluutne iseloom. Absoluutsus väljendub põhjusliku seose kui vastutuse eeltingimuse vältimatuses, teisisõnu juriidiliselt korrektse kausaalseose puudumisel langeb ära vastutuse kohaldamise õiguslik alus.¹⁵

Eesti kehtiva õiguse järgi on põhjusliku seose nõue *expressis verbis* välja toodud VÕS § 127 lg-s 4. Selle sätte kohaselt peab isik kahju hüvitama üksnes juhul, kui asjaolu, millel tema vastutus põhineb, on kahju tekkimisega sellises seoses, et tekkinud kahju on selle asjaolu tagajärg (põhjuslik seos).¹⁶ Põhjuslikku seost tuvastatakse kahes etapis: esiteks küsitakse, kas tagajärg on tingitud teost faktilises mõttes ehk uuritakse objektiivset faktilist olukorda¹⁷, ning

¹³ I. Kull, M. Käerdi, V. Kõve. Võlaõigus I: üldosa. Tallinn: Juura 2004, lk 30-31; P. Varul jt (koost) Võlaõigusseadus I. Üldosa (§-d 1-207). Komm vlj Tallinn: Juura 2006, 7. ptk sissejuhatus. Diferentsihüpoteesi põhimõte tuleneb VÕS § 127 lg 1, mille järgi teostatakse isikul pärast kahju tekitanud sündmust oleva varalise olukorra võrdlus hüpoteetilise olukorraga, mis oleks eksisteerinud juhul, kui kahju tekitavat sündmust poleks toimunud.

¹⁴ RKTko nr 3-2-1-149-05, p 12.

¹⁵ M. Kingisepp. Kausaalõpetused ja võlaõigus. – Juridica, 2003, nr 3, lk 154; J. Lahe. Süü deliktiõiguses. Doktoritöö. Tartu, 2005, lk 50.

¹⁶ Varul jt (koost). § 127/4.1.

¹⁷ RKTko nr 3-2-1-53-06 p 11.

teiseks, kas tagajärg on teo õiguslik põhjus.¹⁸ Eestis tuvastatakse traditsiooniliselt esimeses etapis põhjusliku seose olemasolu CSQN põhimõtte abil, kuigi võlaõigusseadus ei sätesta täpselt, millise reegli abil seda tegema peaks. CSQN põhimõtte kasutamine on levinud ka mujal mandri-Euroopas ning *common law* riikides.¹⁹

Eesti Vabariigi Riigikohus on kinnitanud, et põhjusliku seose tuvastamine rikkumise ja kahju vahel on hageja ülesanne ning et põhjusliku seose tuvastamisel tuleb juhinduda CSQN põhimõttest, mille järgi ajaliselt eelnev sündmus loetakse hilisema sündmuse põhjuseks, kui ilma esimese sündmuseta poleks ajaliselt hilisemat sündmust toimunud.²⁰ Nii Eesti kui Saksa õigusteoorias leitakse, et põhjusliku seose küsimustes on määrav etteheidetavus.²¹ Seosepõhjuslikkusest lähtuvalt hinnatakse tagajärje korratavust samadel tingimustel ning mõtteliselt konstrueeritud hüpoteetiliste sündmusahelatega.²²

Põhjusliku seose kindlakstegemisel CSQN põhimõtte järgi kasutatakse kahte meetodit: elimineerimis- ja asendamismeetod.²³ Elimineerimismeetodit kasutatakse eelkõige siis, kui kahju põhjustanud teoks peetakse aktiivse käitumise akti (näiteks liikluseeskirjade eiramine ning autoga jalakäijale otsa sõitmine).²⁴ Selle meetodi korral „kõrvaldatakse“ mõtteliselt väidetav kahju põhjustanud tegu ning vaadatakse, kas kahjulik tagajärg oleks siiski saabunud. Kui kahjulik tagajärg saabunuks ka ilma kostja teota, ei saa lugeda kostja tegu kahju vajalikuks põhjuseks.²⁵ Seoses etteheidetava teo ära mõtlemisega tekib küsimus, kas see tuleks asendada hoolika käitumisega (teoga) või jätta üldse asendamata.²⁶ Magistritöö autor pooldab teo asendamist, näiteks liikluseeskirju eirav sõidustiil tuleks asendada auto juhtimisega vastavalt liikluseeskirjadele, samuti tuleks jaatada tervishoiuteenuse osutamisel teo asendamist tervishoiutöötaja hoolika käitumisega tulenevalt kutse-eeetilistest standarditest.

¹⁸ Lahe, lk 51-52.

¹⁹ *Common law* riikides kasutatakse CSQN põhimõtte tähistamiseks termineid *cause in fact* ja *but-for*. S. Shavell. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. – The Journal of Legal Studies, 1980, Vol 9, No 3, p 467. Vt ka N. Jansen. The Idea of Lost Chance. – Oxford Journal of Legal Studies, 1999, Vol. 19, No. 2, p 272; Varul jt (koost), § 127/4.10.

²⁰ RKTKo 3-2-1-173-12 p 18.

²¹ RKTKo 3-2-1-149-05 p 13. Eesti võlaõigusseaduse koostamisel on üheks eeskujuks võetud Saksa Tsiviilkoodeks (edaspidi BGB; German Civil Code. Available: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ - 23.04.2015), seetõttu on eesti tsiviilõiguses kasutusel sarnased põhimõtted, mis saksa tsiviilõiguses. Kahju hüvitamise sätete pärinemise kohta vt Varul jt (koost), § 127/2.

²² E.Deutch, Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeines Lehren. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1987, S 135. Viidatud: M. Leesik, Põhjuslikkuse seose kontrollimise alused ja nende võrdlev dogmaatiline sisustamine delikti üldkoosseisu puhul Eesti õiguses. Magistritöö. Tartu 2012, lk 37; B.S Markesinis, H. Unberath. The German law of torts: a comparative treatise. Oxford; Portland (Oreg.): Hart 2002, p 103.

²³ Tampuu 2003, lk 76.

²⁴ Markesinis, p 104.

²⁵ *Ibid*; RKTKo 3-2-1-173-12 p 18.

²⁶ Leesik, lk 26.

Kahju võib tekitada ka passiivseks jäämine ehk kohustusliku teo tegemata jätmine (näiteks meditsiiniõe kohustus kontrollida patsiendi seisundit iga kahe tunni järel, kuid ta ei tee seda). Tegevusetuse juhtumite korral kasutatakse asendamismeetodit²⁷ ning analüüsitakse, kas kahjulik tagajärg oleks saabunud ka siis, kui kostja oleks käitunud hageja poolt soovitud viisil. Kui kostja oleks sooritanud tegemata jäänud teo, muude tegurite samaks jäädes, ning kahjulik tagajärg poleks saabunud, oli kostja tegevusetus põhjuslikus seoses kahju tekkimisega.²⁸ Asendamismeetodit kasutatakse samuti saksa õiguses. Näiteks olukorras, kus reisilaev ei ole varustatud päästerõngastega ning reisija kukub üle parda vette, tuleb mõelda laevaomaniku väärale käitumisele (ta polnud paigaldanud piisavalt päästerõngaid) ja asendada see õiguspärase käitumisega. Tuleb oletada, et laev oleks olnud varustatud piisavate päästerõngastega ning laeva meeskond oleks samuti käitunud vastavalt, osutades kohest abi ja visates päästerõnga vette kukkunud reisijale. Kui need tingimused on täidetud, saab uppumise põhjuseks pidada päästerõngaste puudumist.²⁹

CSQN põhimõtet sõnastatakse ka kui vajaliku tingimuse testi³⁰, justkui viidates, et kahju tekkimiseks on vaja ühtainsat vajalikku tingimust. Eespool selgus, et CSQN põhimõtte järgi hinnatakse põhjuslikku seost mõtteliselt, eemaldades isiku tegu (tegevusetuse korral mõeldakse tegu juurde) ja vaadeldes, kas kahjulik tagajärg oleks ikkagi saabunud. Kui tagajärg ei oleks saabunud, siis leitakse, et vaatluse all olev tegu on vajalik tingimus kahju tekkimiseks. See võib viia illusioonini, et alati on kahju põhjuseks üks teatud tegu. Mõnedel juhtudel on see nii, kuid võib esineda olukordi, kus erinevad teod koosmõjus viivad kahju tekkimiseni (need võivad juhtuda ka eri aegadel), näiteks kannatanu jalaluu murd ja arsti tegevusetus koosmõjus viivad jala amputeerimiseni. Tekib küsimus, kas sel juhul tuleks eristada üht „põhilist“ kahjustavat tegu teisest ning asetada kogukahju hüvitamine selle eest vastutavale isikule.

Põhjusliku seose olemuse kohta on Riigikohus selgitanud, et VÕS § 127 lg 4 ei anna alust liigitada kahju põhjuseid otsesteks ja kaudseteks põhjusteks ning on rikutud materiaa lõiguse normi, kui jätta kahju hüvitamata põhjusel, et teol puudus tagajärjega otsene põhjuslik seos.³¹ Sellega on Riigikohus viidanud, et põhjuslikku seost ei ole vaja liigitada, vaid tuleb lähtuda asjaolust, kas põhjuslik seos on olemas või seda pole.

²⁷ RKTko 3-2-1-173-12 p 18.

²⁸ Markesinis, p 104. Tegevusetusdelikti kohta kriminaalasjades vt RKKrK3-1-1-79-10 p 26.

²⁹ Markesinis, p 104.

³⁰ Lahe, lk 51.

³¹ RKTko 3-2-1-53-06 p 11.

Euroopa Kohus³² on märkinud, et kahjustatud isikutel on õigus kahju hüvitamisele juhul, kui täidetud on kolm tingimust: rikutud liidu õigusnorm annab neile õigusi, rikkumine on piisavalt selge ning selle rikkumise ja isikutel tekkinud kahju vahel on otsene põhjuslik seos.³³ Euroopa Kohus on niimoodi tõlgendanud näiteks Euroopa Liidu Toimimise Lepingu (edaspidi ELTL³⁴) artiklit 340 ja 101 (vastavalt endised EÜ asutamislepingu artiklid 288 ja 81).

Euroopa Kohus on põhjusliku seose mõistet käsitlenud sageli seotuna konkurentsioigusega, tõlgendades ELTL artiklit 101. Kohtuasjas Manfredi³⁵ nõudsid hagejad kahju hüvitamist, mis tekkis neile kindlustusmaksete tõstmise tõttu tulenevalt äriühingute sõlmitud kokkuleppest, mille siseriiklik konkurentsi ja turu järelevalve amet tunnistas ebaseaduslikuks. Euroopa Kohus leidis, et EÜ artikli 81 alusel on isikul õigus nõuda kahju hüvitamist kui keelatud kokkuleppe ja tekkinud kahju vahel on põhjuslik seos.³⁶ Euroopa Kohus leidis veel, et asjakohase ühenduse regulatsiooni puudumisel tuleb iga liikmesriigi sisemise õiguskorraga kehtestada nende õiguste teostamiseks vajalikud normid, sealhulgas „põhjusliku seose” mõiste kohaldamise osas.³⁷

Eeltooduga annab Euroopa Kohus selgelt mõista, et õiguste rikkumise korral tuleb kahju hüvitamiseks riigil kehtestada vastavad normid. Samuti, et tehtud teo ja kahju vahel peab olema põhjuslik seos ning riigil tuleb ka põhjusliku seose mõiste kohaldamiseks kehtestada vastavad normid.

Riigil tuleb kehtestada vastavad normid põhjusliku seose tuvastamiseks, kuid need peavad olema kooskõlas ühenduse õigusega. Seoses konkurentsivaidlusega tõusetus küsimus kahju hüvitamisest ja põhjusliku seose „otsesuse” nõudest Austria kõrgeimas üldkohtus. Austria kohus leidis, et ettevõttele ÖBB-Infrastruktur ei tule tekkinud kahju hüvitada, kuna puudub Austria õiguse järgi vajalik põhjuslik seos, kuid siiski pöörduti eelotsuse saamiseks Euroopa Kohtu poole.³⁸ Arutluse all oli küsimus, kas kartelli liikmete vastu saab esitada tsiviilhagi kartelli kattevarjus toimunud hinnakujundusega tekitatud kahju hüvitamise nõudes. Sealhulgas vajas lahendamist küsimus, kas kartelli ja niisuguse kahju vahel, mis on tekitatud

³² Euroopa Kohtu ja Üldkohtu ning nende olemuse/pädevuse kohta vt Euroopa Liidu Toimimise Lepingu 5. jagu; vt ka Euroopa Liidu Kohtu veebileht: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/ (24.04.2015)

³³ EKo 26.01.2010, C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, p 30.

³⁴ Euroopa Liidu Toimimise Leping – ELT C 326, 26/10/2012. Arvutivõrgus: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_32620121026et.pdf

³⁵ EKo 13.07.2006, liidetud kohtuasjades nr C-295/04 ja C-298/04, *Manfredi*, p 13.

³⁶ *Ibid*, p 61.

³⁷ *Ibid*, p 64.

³⁸ EKo 05.06.2014, C-557/12 *Kone AG jt*, kohtujuristi J.Kokott ettepanek, p 14.

kartelli kattevarjus toimunud hinnakujundusega, on küllaldaselt tihe seos või kas on tegemist kaudse kahjuga, mille hüvitamist ei saa kartelli liikmetelt mõistlikult nõuda.

Euroopa Kohus leidis, et siseriiklik õigus ei tohi takistada Euroopa Liidu (edaspidi EL) õigusega antud õiguste kasutamist. Leiti, et Austria kohus ei tohtinud kahju hüvitamist seada sõltuvusse otsese põhjusliku seose olemasolust (*direct causal link*, ingl k), arvesse võtmata üksikjuhtumi erilisi asjaolusid.³⁹ Euroopa Kohtu praktikast nähtub, et üldjuhul nõutakse otsese põhjusliku seose olemasolu, kuid samas tuleb arvesse võtta iga üksikjuhtumi asjaolusid ning põhjuslikule seosele ei saa esitada nõuet, et see oleks liiga otsene.

Euroopa Kohus kasutab EL institutsioonide lepinguvälise vastutuse korral „piisavalt otsese“ põhjusliku seose nõuet. Sellise tingimuse aluseks on ELTL artikli 340 teine lõik, mis kohtupraktika kohaselt nõuab „piisavalt otsese“ põhjusliku seose olemasolu kahjustava tegevuse ja väidetava kahju vahel.⁴⁰ Ollakse seisukohal, et just selline lähenemine tuleks üle kanda ka juhtudele, kus eraõiguslikud isikud esitavad nõudeid teiste eraõiguslike isikute vastu.⁴¹ Seega nähtub Euroopa Kohtu praktikast, et põhjuslik seos peab olema piisavalt otsene, kuid see ei tohi olla nii otsene, et see piiraks EL õigusega sätestatud õiguste kasutamist.

Tekib küsimus, kas EL õiguses võiks kasutada põhjusliku seose kindlaks tegemiseks CSQN põhimõtet. Kohtujurist J. Kokott on arvamisel, et põhjusliku seose hindamiseks ei pea ilmtingimata aluseks võtma CSQN põhimõtet, kuna see võimaldab piiramatut kohustust hüvitada iga võimalik kui tahes kaudne kahju.⁴² Ilmselt on siin silmas peetud, et CSQN põhimõte võimaldab kahju tekkimise siduda ka asjaoludega, mis võivad olla kahju tekitaja vastutuse ulatusest väljaspool.

Jälgides Euroopa Kohtu arutelu erinevates kohtuasjades ning seda, kuidas rõhutatakse et kausaalseos peab olema piisavalt otsene, kuid mitte liiga otsene, võib olla tingitud õigusvaldkondade erinevusest. Näiteks kahju määratlemine konkurentsioiguses hõlmab

³⁹ EKo 05.06.2014, C-557/12 *Kone AG jt*, p 32-33.

⁴⁰ Vt ka EKo 04.10.1979 liidetud kohtuasjades nr 64 ja 113/76, 167 ja 239/78, 27, 28 ja 45/79 *Dumortier jt vs. nõukogu*, p 21; EKo 18.03.2010, C-419/08 P, *Trubowest Handel ja Makarov vs. nõukogu ja komisjon*, p 53 (*sufficiently direct causal nexus*, ingl k).

⁴¹ EKo 05.06.2014, C-557/12 *Kone AG jt*, kohtujuristi J.Kokott ettepanek, p 34.

⁴² *Ibid*, p 33.

mõnevõrra rohkem oletamist ning lepinguvälise kahju tekkimist kolmandale isikule vahetult ära näidata on keerulisem kui mõne muu valdkonna kaasuse korral.⁴³

Samuti on keskkonnaõigus omaette õigusvaldkond, kus põhjusliku seose „kriteeriumit“ käsitletakse mõnevõrra erinevalt. Näiteks *Gemeinde Altrip jt* kohtuotsuses tuuakse välja, et siseriiklik õigus ei saa direktiivist tulenevate õiguste kaitsmiseks loodud menetluses nõuda ülemäära range põhjusliku seose olemasolu.⁴⁴ Nimelt ilmnis siseriiklikest õigusnormidest, et tavaliselt on kaebaja ülesanne näidata õiguse kahjustamise tõendamiseks, et vaidlustatud otsus oleks olnud teistsugune, kui ei oleks toimunud menetlusnormide rikkumist. Euroopa Kohus märkis, et „põhjusliku seose kriteeriumi rakendamiseks tõendamiskoormise selline asetamine kaebaja õlule muudab aga talle direktiiviga 85/337 antud õiguste kasutamise ülemäära raskeks, arvestades eeskätt kõnealuste menetluste keerukuse ning keskkonnamõju hindamise tehnilisusega.“⁴⁵ Jällegi rõhutab kohus, et põhjusliku seose tingimus ei tohi takistada ühenduse õiguste kasutamist. Samuti nähtub, et erinevates valdkondades sisustatakse põhjusliku seose tingimust mõnevõrra erinevalt, eelkõige tuleb arvesse võtta tõendamisvõimalusi antud valdkonnas ning seda, et kaebajale ei saa panna liiga suurt tõendamise kohustust.

Lisaks nähtub Euroopa Kohtu praktikast, et põhjuslik seos võib seisneda kausaalahelas. Euroopa Kohtu konkurentsioigust puudutavast kohtulahendist *Kone AG jt* nähtub, et kostja algatas kausaalahela, kui sõlmiti hinnakokkulepe ning kartellis mitteosalenud ettevõtte tõstis kartelli tegevust arvestades oma toodete hindu kõrgemale, kui need oleksid olnud kartelli puudumise korral.⁴⁶ Kohus märkis, et kaitsehinna tõttu võib kannatanu saada hüvitise kahju eest, mille tekitasid kartelli liikmed, isegi kui tal puudusid nendega lepingulised suhted.⁴⁷ Siit järeldub, et teatud tingimustel võib kostja tegu olla põhjuslikus seoses tekkinud kahjuga, kuigi kostja teo ja tekkinud kahju vahele jääb veel kolmanda isiku tegu. Teisisõnu, kostja tegu võidakse lugeda kahjuga põhjuslikus seoses olevaks, kui hagejal tekkinud kahju on tingitud sündmuste ahelast, mis algas kostja teost. Sellise võimaluse olemasolu Eestis on kinnitanud

⁴³ EKo 19.06.2014, C-531/12 P, *Commune de Millau ja SEMEA vs. komisjon*, p 90. Näiteks olukorras, kus „komisjonil oli põhiõigustest tulenev kohustus võlad kiiresti sisse nõuda, mida ta kuni 18. novembrini 2005 ei täitnud, tuleb tema võlgade sissenõudmisega viivitamist käsitada selle aja jooksul kogunenud viivitusintressidega otseses põhjuslikus seoses olevana.“

⁴⁴ EKo 07.11.2013, C-72/12, *Gemeinde Altrip jt*, p 45-47.

⁴⁵ *Ibid*, p 52. Vt ka p 53, kus kohus märgib, et põhjusliku seose kriteeriumit tuleb arvestada küll, aga ilma et seejuures oleks kaebaja õlule asetatud vastavat tõendamiskoormist, vaid vastavalt olukorrale, kas ehitustööde juhataja või pädevate ametiasutuse esitatud tõendite alusel ning üldisemalt kohtule või organile esitatud toimiku materjalidest lähtuvalt, tuleb määrata, et vaidlustatud otsus ei oleks olnud teistsugune.

⁴⁶ EKo 05.06.2014, C-557/12 *Kone AG jt*, p 33, 37.

⁴⁷ *Ibid*, p 34.

Riigikohus, märkides, et põhjuslik seos võib avalduda põhjusahelas (sündmuste jadas), mille kahju tekitaja oma käitumisega loob.⁴⁸

Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi EIK) kasutab lähtuvalt kohtupraktikast CSQN põhimõtet kausaalseose tuvastamiseks, kuigi ei viita sellele põhimõttele *expressis verbis*.⁴⁹ EIK on määratlenud, et põhjuslik seos peab olema selge, otsene ja piisav ning ei tohi olla liiga kaugel. Kohus ei ole andnud palju selgitusi põhjusliku seose „selguse“ ja „piisavuse“ osas ning nendel aspektidel pigem ei ole autonoomset tähendust.⁵⁰

Sagedamini on EIK viidatud mõistetele „piisav“ ja „otsene“ koos, kus „piisavust“ kasutatakse pigem rõhuasetamiseks ning „otsesuse“ kriteeriumil on suurem roll põhjusliku seose määratlemisel. Näiteks on kohus märkinud, et otsene põhjuslik seos on konventsiooni artikli rikkumise ja selle vaidlustamiseks tehtud kohtukulude vahel⁵¹, usuvabaduse põhimõtte rikkumise (usulistest tõekspidamistest tulenevalt töölepingu lõpetamine) ja saamata jäänud töötasu vahel.⁵²

Samuti on EIK-s olnud märkimisväärne hulk vaidlusi, mis puudutavad lähedase inimese surma ning sellest tingitud hagejate kantud varalist kahju (perekonna sissetulekute vähenemine). Näiteks on EIK määranud abikaasale varalise kahju hüvitise seoses abikaasa surmaga demonstratsiooni käigus, millesse sekkus jõuliselt politsei⁵³, ning abikaasale ja lastele varalise kahju hüvitamise tulenevalt abikaasa/isa kaotusest, kuna riik ei viinud läbi tõhusat menetlust isiku surma asjaolude väljaselgitamiseks.⁵⁴ EIK praktikast nähtub, et põhjusliku seose tuvastamisel ei lähtuta üksnes jäigast või vahetust põhjusliku seose olemasolust, vaid võetakse arvesse iga üksikjuhtumi asjaolusid. Lisaks nähtub, et inimese panust perekonna majanduslikule toimetulekule hinnatakse oluliseks, mistõttu leitakse tihti, et isiku surm on põhjuslikus seoses perekonnal tekkinud varalise kahjuga.

Eeltoodust järeldub, et CSQN põhimõtet kasutatakse traditsiooniliselt põhjusliku seose faktiliseks tuvastamiseks nii Eesti, Saksa kui ka EL õiguses, samuti *common law* õigussüsteemis. Kui Eesti õiguse kohaselt ei liigitata põhjuslikku seost otseseks või kaudseks,

⁴⁸ RKTko 3-2-1-125-03 p 27.

⁴⁹ Fenyves, p 457.

⁵⁰ *Ibid*, pp 467, 469.

⁵¹ EIK 25.01.2007, 68354/01, *Ereiningung Bildener Künstler v. Austria*, p 44.

⁵² EIK 12.04.2007, 52435/99, *Ivanova v. Bulgaria*, p 97

⁵³ EIK 08.01.2008, 44587/98, *Isaak v. Turkey*, p 138.

⁵⁴ EIK 05.06.2009, 27251/03, *Shakhgiriyeve jt v. Russia*, p 193, 203.

siis Euroopa Kohtu ja EIK praktikast lähtuvalt seatakse põhjuslikule seosele teatud „otsesuse“ kriteerium. Euroopa Kohus märgib, et põhjuslikule seosele ei tohi sätestada „liigse“ otsesuse nõuet, kuna see takistab ühenduse õigusega antud õiguste kasutamist. EIK kasutab samuti piisava ja otsese põhjusliku seose kriteeriumit, kuid võtab arvesse põhjusliku seose määramisel iga üksikjuhtumi asjaolusid. Euroopa Kohtu kui ka Eesti Riigikohtu praktika kohaselt võib põhjuslik seos seisneda põhjusahelas, mille algatab kahju tekitaja tegu. VÕS ega ELTL ei sätesta täpselt, millist põhimõtet peaks rakendama põhjusliku seose tuvastamiseks ning hetkel kehtivad põhjusliku seose tuvastamise põhimõtted on tekkinud kohtupraktika käigus.

1.2. *Conditio sine qua non* põhimõtte kohaldamise probleemjuhtumid

1.2.1. Juhuse ja kahju põhjuse eristamine

CSQN põhimõtte puhul on tegemist retrospektiivse (*ex post*) kausaalsusega.⁵⁵ Retrospektiivset kausaalsust kohaldatakse, kui tagajärg on juba saanud ja olukord tuleb tagant järele rekonstrueerida⁵⁶ ning eemaldada kahju tekitaja käitumine tagant järele.⁵⁷ Retrospektiivse teooria järgi on tegu tagajärjega põhjuslikus seoses, kui keskkonna tingimuste samaks jäädes, oleks teistsuguse teo korral tagajärg erinev (vt tabel 1).⁵⁸

Tabel 1. *Conditio sine qua non* põhimõtte

TEGEVUS	KESKKOND	
	Tee jäine	Tee ei ole jäine
Kiiruse ületamine	õnnetus	õnnetus puudub
Sõitmine lubatud piirkiirusega	õnnetus puudub	õnnetus puudub

allikas: S.Shavell (1980), p 467

⁵⁵ Shavell 1980, p 466; M. Kingisepp, Kausaalõpetused ja võlaõigus. – Juridica, 2003, nr 3, lk 156; M. Stauch. Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. – Oxford Journal of Legal Studies, 1997, Vol. 17, No. 2, p 208.

⁵⁶ H. Kalmo. How Comparable are Legal Concepts? The Case of Causation. – Juridica International 11/2006, p 50.

⁵⁷ E. Kalev. The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within Victim's Sphere. – Juridica International, 21/2014, p 207.

⁵⁸ Shavell, p 467.

Tabelis 1 on toodud kaks tegevust: kiiruse ületamine ja sõitmine lubatud piirkiirusega, samuti on toodud kahesugused keskkonnatingimused. Tabelist 1 nähtub, et kui juht ületab lubatud piirkiirust ning tee on jäine, juhtub õnnetus. Kui juht ei ületa kiirust, ei teki jäise tee korral õnnetust. Seega kiiruse ületamine on õnnetuse põhjuseks jäise tee korral. Juhul, kui tee ei ole jäine, ei esine õnnetust lubatud piirkiirusega sõites ega ka kiirust ületades. Sel juhul, kui peaks juhtuma õnnetus, ei ole see tingitud kiiruse ületamisest.

Retrospektiivne põhjusliku seose tuvastamine ei pruugi aga alati viia õigele järeldusele. Selle näitena võib tuua 1899. aastast pärit inglise kaasuse *Berry v. Borough of Sugar Notch*, mille faktiliste asjaolude kohaselt sai trammijuht Berry trammi juhtides vigastada, kui puu kukkus tormi tõttu trammile. Samas ületas Berry juhitud tramm lubatud piirkiirust, kuid Berry soovis kahju hüvitamist linnalt. Tõusetus küsimus, kas Berry juhitud trammi sõidukiiruse ületamine välistab linna vastutuse ja kahju hüvitamise.⁵⁹

Konstrueerime Tabelis 1 toodu põhjal järgmised järeldused kasutades retrospektiivset analüüsi: tormi korral kiirust ületades, kukub puu trammile, aga tormi korral sõites lubatud piirkiirusega, ei kuku puu trammile, kuna tramm ei viibi kukkumise ajahetkel puu all (puu kukub küll trammiteele, kuid siis kui trammi pole seal).

Kohus leidis, et trammi kiiruse ületamine ei olnud kahju tekkimisega põhjuslikus seoses, kuna ei olnud võimalik ennustada, millal puu murdub. Puu oleks võinud kukkuda ka näiteks aeglaselt sõitva auto peale või vastupidi, kiiruse suure ületamise tõttu võinuks pääseda kahjust – puu kukkumise hetkel oleks auto olnud juba puust eemal.⁶⁰ Alljärgnev tabel toob välja seosed tormi tõttu langeva puu ja liiklusvahendi sõidukiiruste vahel, tuginedes kaasusele *Berry v. Borough of Sugar Notch*.

⁵⁹ *Berry v. Borough of Sugar Notch*, Supreme Court of Pennsylvania, 1899, 43 A 240, avaldatud: H.L.A. Hart, T. Honore. *Causation in the Law*. New York: Oxford University Press, 2002, p 170. Vt ka G.Calabresi, A.K. Klevorick. *Four Tests for Liability in Torts*. – Faculty Scholarship Series, Paper 3744, 1985, pp 597-598. Available: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4751&context=fss_papers (23.04.2015); N.C. Blond. *Blond's Law Guides: Torts*. New York, Aspern Publishers, 2009, p 99.

⁶⁰ Hart, p 170. Kohus leidis, et Sugar Notch linn oli olnud hooletu, kuna haljastuse eest polnud piisavalt hoolt kantud.

Tabel 2. *Berry v. Borough of Sugar Notch*

TEGEVUS	KESKKOND		
	Tormi ei ole	Torm: puu kukub trammitee keskel	Torm: puu kukub trammitee lõpus
Kiiruse ületamine	õnnetus puudub	õnnetus puudub	puu kukub
Sõitmine lubatud piirkiirusega	õnnetus puudub	puu kukub trammile	trammile õnnetus puudub
Tõenäosus	0,98	0,1	0,1

allikas: S.Shavell (1980), p 469

Tabelist 2 nähtub, et juhul kui tramm ületab kiirust, kukub puu tormi tõttu trammile tee lõpus. Kui trammijuht tormi ajal kiirust ei ületa, kukub puu trammile tee keskel. Seega ei ole kiiruse ületamine õnnetuse põhjus. Õnnetuse tõenäosus ei sõltu ka sellest, kas trammijuht ületab kiirust või mitte, õnnetuse tõenäosus on 0,1 olenemata kiiruse ületamisest. Leitakse, et tegemist oli kokkusattumusliku juhusega.⁶¹

CSQN põhimõtte näol on tegemist retrospektiivse põhjusliku seose tuvastamise meetodiga, mis eeldab, et keskkonna tingimuste samaks jäädes, on teistsuguse teo korral tagajärg erinev. Mõnikord nähtub, et isegi keskkonna tingimuste samaks jäädes, ei vii retrospektiivne põhjusliku seose tuvastamise meetod õigele järeldusele. Kahju tekkimist võib mõjutada näiteks looduslik faktor ning seetõttu võib kahju tekkimine olla juhuslik.

1.2.2. Õigluse tagamise vajadus olukorras, kus kannatanu ei suuda tavaliselt nõutaval määral tõendada kahju hüvitamiseks vajalikku põhjuslikku seost

Lisaks sellele, et CSQN põhimõte võimaldab hinnata kausaalseost *ex post* ning mõnikord võib see viia eksitava tulemuseni, ei pruugi nimetatud teooria rakendamisel saavutatud tulemus olla õiglane.⁶²

CSQN põhimõtet on kritiseeritud, kuna see võib viia teatud juhul hageja ülekompanseerimisele või alakompenseerimisele. CSQN põhimõte viib hageja

⁶¹ Shavell, p 469.

⁶² Jansen, p 274.

alakompenseerimisele olukorras, kus hageja ei suuda tõendada vähemalt 51% tõenäosusega, et kostja tegu põhjustas kahju.⁶³ Siit tekib põhimõttele teine nimetus: kõik-või-mitte-midagi (*all-or-nothing*, ingl k) põhimõte – ühel juhul hüvitatakse isikule kogukahju, teisel juhul ei hüvitata aga midagi.⁶⁴ Ülekompenseerimisele viib CSQN põhimõte, kui hageja suudab tõendada, et kostja tegu tekitas kahju, kuid jääb kahtlus, et kahju tekkis ka muudest asjaoludest. Sel juhul võib kohus küll arvesse võtta kahjuhüvitise vähendamisel näiteks hageja enda tegu või rikutud kohustuse eesmärki.

Eelnevast tulenevalt võib hageja tajuda ebaõiglust, kui ta ei suuda tõendada 51% künnist ning jääb seetõttu ilma kahju hüvitamisest, isegi osalisest kompensatsioonist. See, mida õiguse subjektid tajuvad õiglase või ebaõiglasena on tingitud ühiskonnas levinud väärtusarusaamadest, aga ka nende enda, sisemistest tõekspidamistest. Selle üle, missugune on õiglane õigus, on õigusfilosoofid arutlenud sajandeid.⁶⁵ Selge on see, et nüüdisaja jurisprudentsi näol on tegemist väärtusjurisprudentsiga, kus õigus peab olema kantud õiguse ideest – õiglusest.⁶⁶ On välja toodud, et sotsiaalselt kehtib õigus, mida õiguse subjektid tunnetavad õiglasena ning seetõttu realiseerub see nende käitumises.⁶⁷

Küsimus ebaõiglusest võib tõusetuda tõendamisraskuste korral, mh kui kahju tekitavaid faktoreid on rohkem kui üks.⁶⁸ Tihtipeale ei ole siis abiks CSQN põhimõte, kuna isiku teo eemaldamisel, ei saa tõdeda kahju ärajäämist.⁶⁹ Näiteks olukord, kus patsiendi seisund võis halveneda haiguse loomuliku kulgemise tõttu, aga ka halveneda meditsiinitöötaja hooletuse tõttu. Kuna patsiendi seisund on erinevatel ajahetkedel fikseeritud tehniliste meditsiiniseadmete abil, on võimalik tuvastada patsiendi seisundi halvenemine ning mõõta tervisekahju tekkimist. Seega on tuvastatav, et patsiendi seisund kindlal ajavahemikul halvenes, kuid ei ole võimalik vahet teha, kas see halvenes arsti teo või haiguse käigu tõttu.

⁶³ D.T.T. Price, *The Lords Lost Chance*. – *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989, Vol. 38, No. 4, p 754.

⁶⁴ M.L. Tractor. *Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival*. – *University of Dayton Law Review*, 1999, Vol. 24, p 354.

⁶⁵ Vt ka S. Kaugia. *Õigusteadvuse mõiste konstruktsioonid*. – *Juridica*, 2012, nr 2, lk 112-121. Õiglase õiguse kriteerime töötas välja ka eesti soost õigusfilosoof Ilmar Tammelo, eristades moraalseid, juriidilisi ja tõelisi õigluse põhimõtteid. R. Narits. *Elutee, mis oli pühendatud õigluse otsinguile*. Ilmar Tammelo. – *Juridica*, 2002, nr 9, lk 635-638.

⁶⁶ R. Narits. *Eesti õiguskord ja väärtusjurisprudents*. – *Juridica*, 1998, nr 1, lk 2-6.

⁶⁷ S. Kaugia. *Küsimus õigest õigusest*. – *Juridica* 2009, nr 2, lk 67.

⁶⁸ Vt ka M. Kingisepp. *Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses*. *Dissertationes Iuridicae Universitas Tartuensis*. Tartu, 2002. Tartu Ülikooli Kirjastus, doktoritöö, lk 85.

⁶⁹ Kalev, p 207.

Kui on selge, et sellel ajavahemikul arst tegi midagi (või jättis kohustuse täitmata), siis suureneb tõenäosus, et kahju tekkis just arsti teost tingituna.⁷⁰ CSQN põhimõte nõuab põhjusliku seose tuvastamist üsna kindla tõenäosusega (51%), kuid eelnevas olukorras pole võimalik isegi patsiendi seisundi pideval jälgimisel kindlalt väita, et see halvenes arsti teo tõttu. Ka sel ajavahemikul võis oma panuse kahju tekkimisse anda patsiendi eelnev seisund või organismi iseärasus. Küll aga saab väita, et antud ajavahemikul arsti tegu suurendas patsiendil tervisekahjutuse tekkimise tõenäosust.

On leitud, et kahju hüvitamise õigus ei täida oma eesmärki, kui tulenevalt tõendamiskustest ei kompenseerita hagejale tekkinud kahju. Seoses sellega on levima hakanud tõenäosuslik põhjusliku seose tuvastamise (*probabilistic cause*, ingl k) põhimõte ja võimaluse kaotuse doktriin (*loss of chance*, ingl k).⁷¹ Nende põhimõtete kasutuselevõttu toetab seotus õiguse ideega, samuti on see poliitiline otsustus, sest faktide väljaselgitamise võimatuse korral ei tohiks riski ainuüksi kanda kannatanu.⁷² Võimaluse kaotuse põhimõttest tuleb juttu allpool (vt ptk 2).

1.2.3. Põhjusliku seose tuvastamise vaieldavus inimotsustusest sõltuva tagajärje korral

CSQN põhimõte ei pruugi abiks olla nn määramatus olukorras, st olukorras, kus tegemist ei ole loomulike sündmuste ahelaga, vaid ahela edasine kulgemine sõltub inimese otsustusest. Kui ahelas sündmuste toimumine sõltub inimese otsustusest, on tegemist loomult ettenägematu (*inherently unpredictable*, ingl k) ahelaga.⁷³ CSQN põhimõte eeldab aga ärajäänud tulemuse konstrueerimist, kuid nimetatud olukorras ei olegi võimalik tulemust kindlalt ette näha, arvestades reaalse diskursuse tingimusi.⁷⁴

Üheks juhtumiks, kus tulemus sõltub inimfaktorist, on olukord, kus advokaat jätab hagi õigeaegselt kohtusse esitamata. Sel juhul ei ole võimalik tõekindlalt teada, mida kohus oleks otsustanud, kui hagi oleks esitatud õigeaegselt, kuna otsustamisel mängib rolli ka

⁷⁰ T.S. Aagaard. Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases. – Michigan Law Review, 1998, Vol. 96, No. 5, p 1344.

⁷¹ Jansen, p 271.

⁷² D.W. Robertson. The Common Sense of Cause in Fact. – Texas Law Review, 1997, Vol. 75, Issue 7, p 1766.

⁷³ Vt Reece, H. Losses of Chances in the Law. – The Modern Law Review, 1996, Vol. 59, No. 2, p 192; vt ka p 194 mõiste kohta *quasi-indeterministic*.

⁷⁴ Reaalset diskursust iseloomustab mh kindlaksmääratud aeg, piiratud empiiriline informeeritus, piiratud osavõtjate arv. Ideaalse ja reaalse diskursuse kohta vt R. Alexy. The Dual Nature of Law. – Law of Ukraine, 2011, nr 1, p 43.

ettemääramatu inimkäitumine, nt tunnistajate käitumine, nende mälu, kaitsjate oskused ja nutikus, kohtuniku meeleolu.⁷⁵

Püüdes eelmainitud juhul kasutada CSQN põhimõtte rakendamisel asendusmeetodit, asendades advokaadi hagi esitamata jätmise õigeaegse hagi esitamisega, ei saa ikkagi kindlalt väita, missugune oleks olnud esitatud hagi tulemus, kuna see sõltub paljudest inimkäitumise võimalustest. See võib olla üks indikaatoritest näitamaks, et CSQN põhimõte vajab modifitseerimist või et probleemile tuleb läheneda teisest vaatenurgast.

1.3. Kahju põhjustamiseks piisava asjaoluga arvestamise põhimõte

Üheks CSQN põhimõtte edasiarenduseks on kahju põhjustamiseks piisava asjaoluga (*substantial factor*, ingl k) arvestamise põhimõte, mis hõlmab nii *but-for* kausaalsuse juhte kui ka laiemat juhtumite ringi.⁷⁶ See põhimõte on kasutusel eelkõige Ameerika Ühendriikides ning selle eesmärk on aidata hagejatel tuvastada põhjuslikku seost, kui *but-for* kausaalsuse nõue ei ole täidetud⁷⁷, mh kui kahju põhjustavad kaks või enam asjaolu koosmõjus.⁷⁸

Kahju tekkimise piisava asjaoluna käsitletakse faktorit, mida mõistlik inimene loeb üheks kahju tekkimise kaaspõhjuseks või põhjuseks, mis on aidanud kaasa kahju tekkimisele.⁷⁹ Teisisõnu, kostja teo ja kahju vahel põhjusliku seose tuvastamiseks piisab, kui hageja suudab ära näidata, et mõistlik inimene järeldaks, et kostja tegu oli samuti kahju põhjuseks.⁸⁰ Põhimõtet on kasutatud näiteks kohtuasjas *Raven H. v. L. Gammett*, mille kohaselt kostja oli olnud hooletu, kui ta ei rakendanud vajalikke meetmeid, et tema poolt välja üüritavale korterile ei pääseks ligi kolmandad isikud, ning hageja langes kolmanda isiku ründe ohvriks. Kohus sedastas, et põhjuslik seos kostja teo ja hagejal tekkinud kahju vahel on tuvastatud – kostja hooletus oli märkimisväärne asjaolu hagejal tekkinud kahju silmas pidades.⁸¹

Piisava asjaoluga arvestamise põhimõtte rakendamisel peab olema reaalne seos rikkumise ja kahju vahel, nii et hooletus oleks asjaolu, millel on märkimisväärne toime (efekt) kahju

⁷⁵ H. Reece. Losses of Chances in the Law. – The Modern Law Review, 1996, Vol. 59, No. 2, p 192.

⁷⁶ Vt Californi Civil Jury Instructions No. 430: Causation, Substantial Factor.

Available: <https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/400/430.html> (23.04.2015).

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Tructor, pp 352-353.

⁷⁹ *Mayes v. Bryan*, Court of Appeal California, 2006, 139 Cal.App.4th 1075.

⁸⁰ *Raven H. v. L. Gamette*, Court of Appeal of California, 2007, 157 Cal.App.4th 1017.

⁸¹ *Ibid.*

tekkimiseks.⁸² Kohtuasjades tõusetub tihti küsimus, mida loetakse märkimisväärseks asjaoluks. Selle määramiseks analüüsitakse igal üksikjuhul antud kohtuasja fakte ning võib täheldada, et erinevates valdkondades on kujunenud omaette seisukoht, millist asjaolu võib lugeda märkimisväärseks.⁸³

Näiteks on piisava asjaoluga arvestamise põhimõtet kasutatud Ameerika Ühendriikide kohtud asbestist tingitud kahjunõuete korral, kus hageja on (mitmes) töökohas kokku puutunud asbestiga. Tavaliselt esitab hageja nõude kõigi oma tööandjate vastu, kuid kohtud on väljendanud, et tuleb ikkagi arvestada ka konkreetse tööandja kahju hüvitamise nõude juures, kui suure osa oma tööajast hageja tööandja juures töötas. Samuti on väljendatud, et ei saa väita, et iga hingetõmme on märkimisväärne asjaolu. Sellega seoses on toodud võrdlus vee kallamisega ookeanisse: ei saa öelda, et ämbritäie vee kallamine ookeanisse oleks märkimisväärne asjaolu, mis mõjutab ookeani veetaset.⁸⁴ Seega ei loeta märkimisväärseks faktoriks asjaolu, millel on vaevumärgatav või üksnes teoreetiline võimalus, et see põhjustas kahju.⁸⁵

Samuti kokkupuutel asbesti sisaldavate toodetega piisab Ameerika Ühendriikide kohtupraktika järgi, kui hageja suudab ära tõendada, et hageja puutus kokku kostja toodetega, ning see kokkupuude andis märkimisväärse panuse piisavale asbesti „doosile“, mis põhjustas haiguse teket. Hageja ei pea tõendama, et just konkreetsed asbesti kiud, mis põhjustasid haiguse, pärinesid kostja tootest.⁸⁶

Märkimisväärseks asjaoluks võib olla mitu asjaolu,⁸⁷ kaasa arvatud hageja enda käitumine. Teisisõnu ei pea tegemist olema kahe välise asjaoluga, printsipi kohaldamiseks sobib ka olukord, kus üks asjaolu on hageja enda sfääris ning teine seisneb kostja teos/tegevusetuses.⁸⁸ Näitena võib tuua kohtuasja, kus suukaudsete rasestumisvastaste vahendite tootjad ei täitnud oma kohustusi hoiatamiseks meditsiinitöötajaid, et ravimil on soodumus tekitada

⁸² *Clark v. Leisure Vehicles*, Supreme Court of Wisconsin, 1980, Inc. 96 Wis. 2d 607.

⁸³ Intellektuaalse omandi kaitse kohta Internetis (kopeerimine, levitamine) vt nt Ozarowski, M. Copyright Law: When is „substantial“ substantial enough? – *Journal of Technology Law & Policy*, 2006, Vol. 11, Issue 1, pp. 103-112.

⁸⁴ *Summers v. Certained Corp.*, Supreme Court of Pennsylvania, 1997 A.2d 1152.

⁸⁵ *Bockrath v. Aldrich Chemical Company*. Court of Appeal California, 1998, 64 Cal.App.4th 1.

⁸⁶ *Rutherford v. Owens-Illinois, Inc.* 1997, 16 Cal.4th 953. Vt ka J. Sanders, M.D. Green, W.C. Powers. The Insubstantiality of the 'Substantial Factor' Test for Causation. – *Missouri Law Review*, 2008, Vol. 73, p 410.

⁸⁷ Californi Civil Jury Instructions No. 431: Multiple Causes. Available: <https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/400/431.html>. Vt ka *LeJeune v. Allstate Ins. Co.* Supreme Court of Louisiana, 1978, 365 So.2d 471.

⁸⁸ Vt ka R. Lester. The „Substantial Factor Test“ for Causation: *Judeman v. Montana Deaconess Medical Center*. – *Montana Law Review*, 1987, Vol. 48, Issue 2, pp 395, 399.

nägemiskahjustust. Hageja väitis, et tema nägemise osaline kaotus on tingitud kostja poolt toodetud ravimi kasutamisest ning sellest, et kostja ei hoiatanud piisavalt meditsiinitöötajaid selle ravimi kõrvalmõjust. Kostja esitas vastuväite, et nägemine võis kaduda hagejast endast tuleneval asjaolul, muu hulgas seetõttu, et nägemise kahjustus ilmnes alles aasta pärast seda, kui hageja hakkas ravimeid kasutama. Teisisõnu, hageja kahjustus või olla tingitud hagejast endast, tema organismi iseärasustest või muudest põhjustest. Sellises olukorras lähtuti märkimisväärse asjaoluga arvestamise põhimõttest ning kausaalse olemasolu nentimiseks piisas, kui hageja näitas ära, et kostja tegevus avaldas oluliselt mõju kahjustuse väljakujunemisele.⁸⁹

Algselt rakendati testi nendel juhtumitel, kus esines kaks asjaolu ning kumbki neist võis üksi vaadatuna põhjustada tekkinud kahju (nn *two-fire probleem*, ingl k).⁹⁰ Põhimõtte edasiarendamine toimus seoses asbestist tingitud kahjuga ning põhimõtet kasutatakse ka siis, kui hageja saab suurema „doosi“, kui kahju tekkimiseks vaja oleks. Näiteks kui hageja talub 1000 ühikut asbesti, kuid ta puutub kokku 12 kostjaga, kellest igaüks põhjustab 100 ühikut, loetakse ikkagi, et igaüks etendas märkimisväärset faktorit.⁹¹ Kuigi viimased kaks kostjat võiksid teoreetiliselt öelda, et kahju oli juba ennem nende tegu tekkinud. Meditsiiniliselt on seda aga väga raske kindlaks teha, võib olla ainuüksi siis, kui kostja võttis tööle hageja, kes on juba haigestunud vähki ja on sellest teadlik. Üldiselt on põhimõte välja töötatud just põhjusel, et kahju võis põhjustada rohkem kui üks asjaolu.⁹²

Piisava asjaoluga arvestamise põhimõtet kasutatakse näiteks veel inimeste ravimisega seotud olukordades. Kohtuasjas *Kyriss v. State* pöördus kinnipeetav vangla arstide poole sissekasvanud varbaküüne tõttu.⁹³ Kinnipeetava küüs eemaldati, kuid jalg ei paranenud, vaid arenes põletik. Kinnipeetav pöördus mitmel korral vangla arstide poole abi saamiseks, kuid arstide hooletusest tulenevalt arenes põletik edasi ning umbes kolme ja poole kuu möödudes tuli jala alumine osa amputeerida.

Kostja kaitses ennast väitega, et amputeerimise põhjuseks oli ka patsiendi eelnev seisund enne ravimise algust. *But-for* kausaalsuse põhimõte ei aitaks sellises olukorras lahendust leida ning kausaalse probleemi ületamiseks on Ameerika Ühendriikides sel juhul rakendatud samuti

⁸⁹ *Mc Ewen v. Ortho Pharmaceutical Corporation*, Oregon Supreme Court, 1974, 528 P.2d 522.

⁹⁰ Sanders, pp 410; 416. Vt ka *Kingston v. Chicago & North West Railway Co.*, Wisconsin Supreme Court, 1927, 191 Wis. 610, <http://www.lawnix.com/cases/kingston-chicago.html>

⁹¹ Sanders, p 417.

⁹² *Rudeck v. Wright*, Supreme Court of the State of Montana, 1985, 709 P.2d 621.

⁹³ *Kyriss v. State*, Supreme Court of Montana, 1985, 707 P.2d 5.

märkimisväärse faktori test.⁹⁴ Tuuakse välja, et märkimisväärse asjaolu põhimõte võimaldab kõrvale jätta kostja vastuväite.⁹⁵ Teisest küljest tuleks ettevaatlik olla piisava asjaolu põhimõtet rakendades, et ei hakataks arvama, et iga võimalik kahju tekkimise asjaolu ongi põhjuslikus seoses kahju tekkimisega.

Šveitsi kõrgeimal kohtul tuli lahendada poolte vahel vaidlus, kus hagejatest aprikoosikasvatajad kannatasid kahju (saagi kaotus) ning väitsid selle olevat tekkinud kostja alumiiniumi tehastest eralduvatest flooriühenditest.⁹⁶ Kostja aga argumenteeris, et kahju võis tekkida saastatusest, mis eraldub teistest tehastest, maa ebaõigest harimisest ja maa viljakuse seisukorrast, maa geograafilisest asukohast ning kliimast. Ka tellitud ekspertarvamus ei aidanud asjas selgust saada: eksperdid jätsid kahju tekkimise võimaluse suhte kostjast ja muudest asjaoludest tingituna 50:50. Kohus leidis, et kostja tegu on loomulikus kausaalseoses (*natural causal link*, ingl k) tekkinud kahjuga, ning määras, et kahju tuleb jagada hagejate ja kostja vahel.⁹⁷

Antud juhul saab täheldada, et mitu asjaolu on loonud riski, mis võis kahju tekitada ja see on neile õiguslikult omistatav. Kostja tehastest väljus heitgaase lubatud normist rohkem, hageja sfääris asus aga põllumaa vähese hooldamise risk, istanduse kurnatuse risk. Lisaks võis kogu saagi kaotus tuleneda ainuüksi saastatusest, ainuüksi põllumaa kurnatusest ja vähesest hooldamisest või kõigi tingimuste koosmõjust. Sellises olukorras kasutati loomuliku kausaalseose mõistet.

Ameerika Ühendriikides lähtutakse ebakindla kausaalseose olukorras mõistliku inimese seisukohast põhjusliku seose tuvastamisel, Eestis aga pigem hea usu põhimõttest, kus hagejale muutuks liiga koormavaks tõendada ka, et kahju põhjuseks ei olnud midagi muud, peale kostja teo. Sel juhul on Eesti kohus öelnud, et põhjuslikku seost eeldatakse. Šveitsi kohus on valinud loomuliku põhjusliku seose käsitlese, kus ka sisuliselt on tegemist mõistlikkuse põhimõtte arvestamise ning põhjusliku seose eeldamisega. Seega võib täheldada, et erinevad riigid lähtuvad sisuliselt kahju põhjustamise piisava asjaoluga arvestamisest, kuigi seda rakendatakse erinevalt. Nähtub, et teatud juhtudel (siis kui hagejal pole võimalik piisava kindlusega tõendada, et kostja tegu põhjustas kahju või kui kahju põhjustavad mitu tegu

⁹⁴ *Anderson v. Minneapolis, St Paul and Sault St. Marie Railway Co*, Supreme Court of Minnesota, 1920, 146 Minn. 430.

⁹⁵ Lester, p 395.

⁹⁶ Vt Tribunal Federal Suisse, 14.07.1983, ATF 109 II 304. Avaldatud: Winiger (eds), pp 389-400.

⁹⁷ Kahjuhüvitis jagati ka 50:50. Vt Winiger (eds), p 399.

koosmõjus, sh millest üks on hageja enda sfääris) otsitakse õigustust hageja olukorra kergendamiseks, kuna ka sisemisest õiglustundest tulenevalt, ei tohiks kostja vabaneda kahju hüvitamise kohustusest.

1.4. Põhjusliku seose tõendamise koormuse ümberjagamine kannatanu kasuks

Eelnevalt selgus, et üheks võimaluseks põhjusliku seose tõendamise probleemide korral on kasutada märkimisväärse asjaoluga arvestamise põhimõtet. Teiseks võimaluseks on tõendamise koormuse ümberjagamine kannatanu kasuks. Hagimenetluses on tavaline, et põhjusliku seose tõendamiskoormus lasub nõude esitajal.⁹⁸ Tsiviilkohtumenetluse seadustiku⁹⁹ § 230 lg 1 kohaselt peab kumbki pool hagimenetluses tõendama neid asjaolusid, millele tuginevad tema väited. Kui hageja väidab, et kostja tekitas talle varalise kahju, peab ta oma väidet tõendama.¹⁰⁰ Pooled võivad ka kokku leppida tõendamise koormuse jaotuse erinevalt seaduses sätestatust.¹⁰¹ Riigikohus on öelnud, et tõendamise koormuse üleminek saab tuleneda vaid seadusest või kokkuleppest.¹⁰²

Eesti Riigikohus on kasutanud tõendamise koormuse ümberjagamist olukorras, kus hageja soovis tervisekahju hüvitamist kostjalt, kuna väidetavalt oli hagejat ravinud arst teinud diagnoosi- ja ravivea.¹⁰³ Riigikohus märkis, et kui hageja tervisekahjustus võis alternatiivselt tekkida ravivea või muu asjaolu tõttu, mille eest arst ei vastuta, tuleb põhjuslikku seost ravivea ja kahju vahel eeldada, st hageja ei pea tõendama, et muu asjaolu polnud kahju põhjuseks.¹⁰⁴ Sel juhul peab hageja tõendama „kostja teo (kehavigastuse tekitamise) kui kahju võimaliku põhjuse.“¹⁰⁵ Seega piisab põhjusliku seose äranäitamiseks, kui hageja tõendab kahju tekkimise ning selle, et kostja käitumine võis põhjustada kahjuliku tagajärje.

Riigikohus on märkinud, et kui kostja soovib kahju hüvitamise kohustusest vabaneda, tuleb tal näidata, et tema tegu ei olnud kahju tagajärjega seotud, et kahju põhjustas teine, alternatiivne asjaolu.¹⁰⁶ Riigikohus on püüdnud hageja suhtes olla õiglane, pöörates antud olukorras tõendamiskoormuse ümber ning raskuskese on asetatud nüüd kostjale. Hiljem on

⁹⁸ van Dam, p 281; Fenyves, p 464.

⁹⁹ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197 ... RT I, 19.03.2015, 26.

¹⁰⁰ RKTko 3-2-1-148-13 p 13.

¹⁰¹ RKTko 3-2-1-177-14 p 10.

¹⁰² *Ibid.* Vt ka RKTko 3-2-1-64-12 p 16.

¹⁰³ RKTko 3-2-1-78-06 p 1 jj.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p 13.

¹⁰⁵ RKTko 3-2-1-53-06 p 11.

¹⁰⁶ *Ibid.*

Riigikohus sama seisukoht kinnitanud VÕS § 770 lg 4 selgitamisel.¹⁰⁷ Samuti leevendab patsiendi tõendamiskoormust VÕS § 770 lg 3, mille kohaselt patsient ei pea tõendama vastutuse aluseks olevat asjaolu, kui patsiendile tervishoiuteenuse osutamine on jäetud nõuetekohaselt dokumenteerimata.¹⁰⁸

Samuti nähtub Riigikohtu praktikast, et põhimõtte kehtib ka muude lepingute korral, kus hageja tõendab, et kahju võis tekkida kostjapoolse lepingurikkumise tagajärjel, kostja peab aga vastutusest vabanemiseks või hüvitise vähendamiseks tõendama, et kahju võis tekkida ka tema rikkumisest mitteolenevatel, alternatiivsetel põhjustel. Teisisõnu, hageja ei pea tõendama, et kahju ei tekkinud kõikvõimalikel muudel põhjustel.¹⁰⁹

Saksa õiguses rakendatakse samuti tõendamise koormuse ümberjagamist hageja kasuks.¹¹⁰ Kui hageja tõendab, et kostja käitus hooletult, mistõttu suurenes kahju tekkimise tõenäosus ja tekkiski kahju, siis eeldatakse põhjuslikku seost kostja teo ja kahju vahel ning sel juhul on kostja ülesanne tõendada, et kahju oleks tekkinud ka tema teost sõltumata.¹¹¹ Tõendamise koormuse ümberjagamist kannatanu kasuks kasutatakse eelkõige meditsiiniõiguse kaasuste korral, kus arst on käitunud hooletult. Samuti on laiendanud seda põhimõtet teiste professionaalide vastutusele, kes peavad kaitsma isiku elu ja tervist.¹¹² Lisaks veel olukordadele, kus isikul tuleb anda lähtuvalt lepingust asjakohast informatsiooni või nõu ning ta ei täida seda. Sel juhul tuleb kostjal tõendada, et tema tegu ei põhjustanud kahju, vaid isegi kui ta oleks jaganud piisavalt informatsiooni, oleks kahju ikkagi tekkinud.¹¹³ Tõendamise koormuse ümberjagamist kasutatakse näiteks veel ka BGB §-st 906 tulenevate nõuete korral, kus maatüki omanik, kelle maatükilt eraldub väidetavalt lubamatus koguses gaase, peab tõendama, et emissioon toimus lubatu piires.¹¹⁴

¹⁰⁷ RKTko 3-2-1-171-10 p 16.

¹⁰⁸ D. Sõritsa. Tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus. Magistritöö, 2012, lk 32-33; TrtRnKo 14.05.2010, 2-10-61884.

¹⁰⁹ RKTko 3-2-1-173-12 p-d 19, 27.

¹¹⁰ Jansen, p 276. Saksa tsiviilõiguse kohaselt tuleb hagejal tõendada seos teo ja tagajärje vahel. Kui hageja on tõendanud, et kostja käitus hooletult, mistõttu tõusis kahju tekkimise tõenäosus, ja kahju on tekkinud, eeldatakse põhjuslikku seost kostja teo ja tekkinud kahju vahel. Nüüd omakorda tuleb kostjal vastutusest vabanemiseks tõendada, et kahju oleks tekkinud ka ilma kostja teota. Vt ka van Dam, p 282. Teisisõnu, hagejal on kahju tekkinud ja hageja on tõendanud kostja rikkumise ning mõistlikult võttes on tõenäoline, et kostja tegu põhjustas kahju.

¹¹¹ van Dam, p 282; 13; U. Schweizer. Legal damages for losses of chances. – International Review of Law and Economics, 2009, Vol. 29, p 153.

¹¹² T.K. Graziano. All or Nothing or Partial Liability in Cases of Uncertain Causality. – European Review of Private Law, 2008, p 1020. Vt ka Ius Commune Casebooks – Tort Law p 428/16 <http://www.casebooks.eu/documents/tortLaw/heading4.2.3.pdf>; Winiger jt (2010), pp 548-549.

¹¹³ Graziano, p 1020.

¹¹⁴ Markesinis, p 740. Vt ka M.Wilde, Civil Liability for Environmental Damage: A Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and the United States. Kluwer Law International, 2002, pp 236-238.

Küll aga ei poolda saksa kohtud tõendamise koormuse ümberjagamist advokaadi vastutuse korral. Tuuakse välja, et erinevalt meditsiinilistest juhtumitest, ei ole advokaadi klient avatud eksistentsiaalse riskile ning et advokaadi hooletuse juhtumite korral ei ole võimalik süstemaatiliselt järeldada, et eksisteerib põhjuslik seos advokaadi hooletuse ja kliendi nõude mittetunnustamise vahel.¹¹⁵

Eelnevalt selgus, et tõendamise koormuse ümberpööramist kannatanu kasuks rakendatakse nii eesti kui ka saksa õiguses, eelkõige tervishoiuteenuse osutamisel tekkinud diagnoosi- või ravivea korral, samuti informeerimiskohustuse rikkumise korral. Tõendamise koormuse ümberpööramist kasutatakse meditsiiniõiguses mujalgi Euroopas, näiteks Prantsusmaal, kus patsiendilt informeeritud nõusoleku saamise tõendamise kohustus on kostjal.¹¹⁶ Belgia kõrgeim kohus aga näib mitte pooldavat tõendamiskoormuse ümberjagamist sellises olukorras, tulenevalt Inimõiguste ja põhivabaduste konventsiooni artiklist 6 ja karistusõiguses kehtivast süütuse presumptsiooni põhimõttest.¹¹⁷

Tõendamiskoormuse ümberjagamine leevendab kannatanu olukorda ja tal ei lasu enam ebaõiglaselt suur tõendamise koormus ebakindla põhjusliku seose olukorras. Küll aga asetatakse omakorda kostja mõneti ebaõiglasesse olukorda, kuna tal võib olla väga keeruline tõendada, et kahju tekkis muust asjaolust, kui tema tegu. Samuti ei piisa, kui kostja argumenteerib, et kahju võis tekkida mitme asjaolu koosmõjust või lisaks hageja eelnevast seisundist. Isegi, kui kostja toob välja erinevaid alternatiivseid asjaolusid, aga kohus tuvastab, et kostja tegu siiski tõenäoliselt põhjustas kahju, siis jääb kogu kahju kostja kanda.¹¹⁸ Samuti jäävad alles probleemid seose hageja ülekompenseerimisega, sest kui kohus otsustab hageja kasuks, tuleb kostjal hüvitada tekkinud kogukahju.

¹¹⁵ Graziano, p 1020.

¹¹⁶ S. Callens. Medical Liability in Belgium. Four Selected Cases. – European Journal of Health Law, 2003, p 121.

¹¹⁷ *Ibid*, pp 125-126.

¹¹⁸ Graziano, p 1020.

1.5. Põhjusliku seose tuvastamise erisused alternatiivse kausaalsuse juhtumitel

Samuti kerkivad põhjusliku seose probleemid esile, kui kahju võib olla tekkinud kahest või enamast asjaolust, mis ei tulene hagejast endast, kuid faktiliselt pole võimalik kindlaks määrata, millest täpselt.

Klassikaline näide alternatiivse kausaalsus kohta käsitleb olukorda, kus mitu jahimeest peavad jahti ning sihivad samaaegselt saaklooma. Nende kuulide teele jääb ka avalik jalgrada ning hageja saab tulistamise käigus pihta kuuli fragmentidega. Ei ole teada, kas kahju tekkis tulenevalt ühe jahimehe lasust või mitme jahimehe lasust.¹¹⁹ Sellises olukorras ei ole taas abi CSQN põhimõtte rakendamisest, sest kui eemaldada mõtteliselt ühe laskja tegu, ei jää tagajärg saabumata. Sellises olukorras, kus oli selge, et laskajad on käitunud hooletult (õigusvastaselt), võis kahju hüvitamist nõuda neilt kõigilt.¹²⁰

Saksa õiguses reguleerib olukorda, kus ei ole võimalik kindlaks teha, kelle teost täpselt kahju tekkis, BGB § 830 lg 1. Selle sätte kohaselt on iga isik vastutav kahju eest, ning igaüks on vastutav kahju tekkimise eest endale langevas osas, seega võib isik esitada hiljem tagasinõude teiste kahju tekitajate vastu ulatuses, milles nemad vastutavad tekkinud kahju eest.¹²¹ Saksa õiguses kehtivad sellises olukorras järgmised eeldused: 1) kaks või enam isikut on loonud riski, mis võis kahju tekitada ja see on neile õiguslikult omistatav, 2) kahju on põhjustatud, kas ühe isiku teost või teise isiku teost ehk teisisõnu iga tegu võis põhjustada kogukahju, 3) on võimatu kindlaks teha, millise isiku tegu täpselt kahju põhjustas.¹²² Selline vastutuse põhimõte ei vasta tegelikult juhtunule, sest see isik, kes tegelikult kahju ei tekitanud, peab kandma osa kahjust, kuna tal ei ole võimalik tõendada, et tema kahju ei tekitanud. Magistritöö autor leiab, et kuna oleks äärmiselt ebaõiglane välistada sellisel juhul kannatanule kahju hüvitamine, siis on jõutud ühiskonnas kokkuleppele kahju jagamises.

On välja toodud, et BGB § 830 lg 1 võimaldab sedastada kausaalseose olemasolu ilma seda tõendamata ehk kausaalseost eeldatakse.¹²³ Selline säte laiendab vastutust ning on selgelt hageja nõuet soosiv.

¹¹⁹ Vt nt Austria kõrgeim kohus *Oberster Gerichtshof*, 23.12.1908, Rv VI 308/8 ja 23.05.1916, Rv II 314/16. Avaldatud: Winiger (eds) pp 359-361.

¹²⁰ Winiger (eds), p 360.

¹²¹ German Civil Code, BGB § 830 lg 1. Available: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Vt ka Winiger (eds), p 355.

¹²² Winiger (eds), p 355.

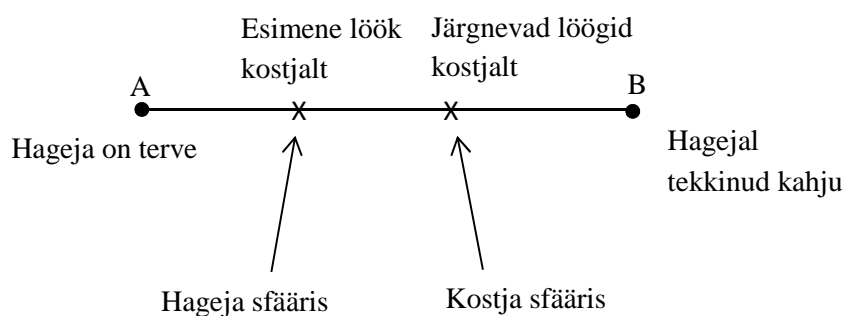
¹²³ *Ibid*, p 356.

Eestis tuleks sellise juhtumi korral lähtuda VÕS § 138 lg-s 1 sätestatust, mis ütleb järgmist: „Kui mitu isikut vastutavad samal või erinevatel alustel kolmanda isiku suhtes viimasele tekitatud sama kahju eest, vastutavad nad hüvitise maksmise eest solidaarselt.“ Sarnaselt saksa õigusele, ollakse seisukohal, et sätet tuleks kohaldada, kui kannatanu suudab tõendada üksnes ohtlikult käitunud isikute ringi.¹²⁴ Näiteks on toodud olukord, kus A, B ja C heidavad maja katuselt alla katusekive ning üks kivides tabab D autot. D ei suuda tõendada, kelle heidetud kivi autot tabab. Siinjuures võimaldab VÕS § 138 lg 1 vastutusele võtta A, B ja C kahju tekitamise eest. A, B ja C igäühe käest saaks nõuda kahju hüvitamist igäühele langevas osas, mida arvutatakse vastavalt tõenäosusele (VÕS § 138 lg 3).

Alternatiivse kausaalsuse põhimõtet on kasutanud Austria kõrgeim kohus, kui lahendamist vajab kahju hüvitamise nõue, kus hagejale oli kahju tekkinud temast tingitud asjaolust või kostjast tingitud asjaolust.¹²⁵ Hageja nimelt ründas kostjat ja tema kaaslast, viimaste eemaldudes, järgnes hageja neile ja ründas neid uuesti. Seekord lõi kostja hagejat tagasi, hageja kukkus ning kaotas teadvuse, kostja aga jätkas hageja löömist. Kohus leidis, et esimesed löögid tegi kostja enesekaitseks. Kostja edasine tegevus – teadvusetu ja maaslamava hageja löömine – polnud aga õigustatud.

Austria kõrgeim kohus märkis, et esimene löök oli nõ hageja enda tegevuse sfääris, kuna tema alustas löömist. Kahju võis hagejale tekkida juba esimesest löögist, aga võis tekkida ka järgnevatest löökidest, seega on ebaselge, mis täpselt viis kahju tekkimiseni (vt joonis 1). Austria kõrgeim kohus leidis, et kahju tuleb jagada hageja ja kostja vahel. Kohus leidis veel, et ei ole võimalik kindlaks määrata tõenäosusi, millega üks või teine löök kahju põhjustas ning seetõttu tuleb jagada kahju võrdsetes osades hageja ja kostja vahel.¹²⁶

Joonis 1. *Obester Gerichtshof* (04.06.1993.a)



¹²⁴ Tampuu 2012, lk 199.

¹²⁵ Vt *Obester Gerichtshof*, 04.06.1993, 8 Ob 608/92. Avaldatud Winiger (eds), p 395.

¹²⁶ Winiger (eds), p 396.

Riigikohus on selgitanud alternatiivse kausaalsuse küsimusi seoses kutsehaigustega. Näiteks kohtuasjas 3-2-1-19-15 oli tuvastatud, et hagejal on tekkinud kutsehaigus, mis on töötervishoiuarsti hinnangul välja kujunenud I kostja juures töötamisel, II kostja juures töötamisel ja FIE-na töötamisel. Ringkonnakohus leidis, et on tuvastatud kostjate rikkumised ning leiti, et hagejal kujunenud kutsehaigus on põhjuslikus seoses esinenud kostjate rikkumisega. Riigikohus toob välja, et sellises olukorras ei ole tarvis viidata põhjusliku seose tuvastamiseks VÕS §-le 138, põhjuslik seos tuvastatakse lähtuvalt VÕS § 127 lg-st 4.

Riigikohtu arvates tuleb VÕS § 138 kohaldada juhul, kui kannatanu suudab tõendada ohtlikult käitunud isikute ringi, kuid mitte seda, kes sellesse ringi kuulunud isikutest kahju tekitas. Samuti, et samal ajal peab olema selge, et üks isikutest kannatanule kahju kindlasti põhjustas.¹²⁷ Seega Riigikohus toob sõnaselgelt välja kaks tingimust, mis ühtivad saksa õiguses kehtestatud nõuetega alternatiivse kausaalsuse rakendamiseks. Esiteks, kaks või enam isikut on loonud riski kahju tekkimiseks, mis on neile õiguslikult omistatav, ning teiseks, peab olema kindlaks määratud, et ühe isiku tegu kindlalasti kahju põhjustas.

Riigikohus on jätnud sõnaselgelt rõhutamata, et kolmandaks – võimatu on kindlaks teha, kes täpselt kahju põhjustas, kuigi selline tingimus võib olla mõneti iseenesest mõistetav. Vaidlus tekibki olukorras, kus hageja ei suuda kindlaks teha, kes kahju tekitas. Samas, kui kohus näeb, et hageja ei ole teinud kõiki võimalikke pingutusi kahju tekkimise kindlaksmääramiseks, jätab selline kolmas tingimus kohtule võimaluse öelda hagejale, et pole rakendatud kõiki mõistlikke ning kättesaadavaid meetmeid kahju põhjuse kindlakstegemiseks (nt ekspertiisi läbiviimine, mõistlikult eeldatavate tehnikavahendite abil teostatav analüüs jne).

Kohtuasjas nr 3-2-1-19-15 ei ole tegemist alternatiivse kausaalsusega lähtuvalt faktilistest asjaoludest. Saksa õigusest ja Riigikohtu otsusest nähtub, et ühe tingimusena peaks olema täidetud nõue, et iga kostja tegu oli võimeline tekitama kogukahju. Kutsehaigus on aga pigem asjaolu, mis kujuneb tavaliselt pika perioodi jooksul, koormav töö n-ö kuhjub ja põhjustab haiguse. Seega tuleks vaadelda, et iga tööandja ja ka isik ise FIE-na töötades on „kaasa aidanud“ kutsehaiguse kujunemisele. See ei ole aga olukord, mida reguleerib VÕS § 138.

¹²⁷ RKTKo 3-2-1-19-15 p 12. Riigikohus kinnitab p-s 13, et alama astme kohtud on õigesti toiminud, kui on arvesse võtnud, et kahju hüvitist on vähendatud, kuna osaliselt viis hageja kutsehaiguse tekkimiseni tema enda käitumine. Hageja oli töötanud ka FIE-na.

Käesoleva töö autor leiab, et alternatiivse kausaalsuse kasutamine on õigustatud olukorras, kus on täidetud saksa õiguse poolt seatud kolm tingimust: kaks või enam isikut on ohtlikult käitunud, kogukahju võis põhjustada ühe või teise isiku käitumine ning võimatu on kindlaks teha, millise isiku tegu täpselt kahju põhjustas. Alternatiivse kausaalsuse alla ei tohiks arvata olukordi, kus hageja eelnevast situatsioonist ja kostja teost koosmõjus võib tekkida kahju. Samuti kui kostja tegu ei ole „võimeline“ enam tekitama kogukahju, vaid hageja jääb näiteks kostja teo tõttu ilma võimalusest terveneda.

2. VÕIMALUSE KAOTUSE PÕHIMÕTE JA SELLE ARVESTAMINE KAHJU HÜVITAMISEL

2.1. Võimaluse kaotuse põhimõtte üldiseloormustus

Võimaluse kaotuse (*loss of chance*, ingl k) põhimõtet käsitletakse uurimustes, mis on seotud kausaalseosega ja selle tuvastamise probleemidega. Hästi tõstatab küsimuse võimaluse kaotuse põhimõtte määratlemisest T. Graziano, küsides kas võimaluse kaotus on küsimus kausaalsusest.¹²⁸ Sellele küsimusele tuleks käesoleva magistr töö autori arvates vastata nii jaatavalt kui ka eitavalt.

Võimaluse kaotuse põhimõtet tõepoolest rakendatakse probleemide korral kausaalseose tuvastamisel, kui kannatanul ei õnnestu CSQN põhimõtte alusel tõendada, et kostja tegu on tekkinud kahju põhjuseks. Võimaluse kaotuse põhimõte aga ise kujutab sisuliselt kahju hüvitamist spetsiaalse kahjuliigi alusel, kus tekkinud kahju seisneb võimaluse kaotuses.¹²⁹ Märgitakse, et võimaluse kaotus muudab õiguslikult kaitstavat objekti, näiteks tervisekahju korral ei ole otseselt kaitstav objekt isiku elu, vaid võimalus terveneda.¹³⁰

Sel juhul tuleb võimaluse kaotust kvalifitseerida kui midagi, millel iseseisev väärtus.¹³¹ Selle kasuks räägib asjaolu, et võimalus ise on väga lähedalt seotud põhiõigustega, näiteks arstiabi andmata jätmisel võib olla tegemist ellujäämise võimaluse kaotusega (inimelu kui põhiseadusega kaitstud väärtus¹³²) või riigi poolt ekslikult tegevusloa väljastamata jätmine riivab põhiseadusega tagatud ettevõtlusvabadust. Lisaks tuuakse välja, et kui võimalusel on majanduslik väärtus ja see on õiguslikult kaitstud, võimaldab see kvalifitseerida võimaluse kaotust eraldi kahju liigina.¹³³

¹²⁸ Inglise keeles „*loss of chance – a causation issue?*“; Graziano, p 1017.

¹²⁹ Prantsuse ja Itaalia õiguses on võimaluse kaotust tunnustatud kui iseseisvat kahju liiki ning samuti on seda käsitletud kui põhjusliku seose tuvastamise meetodit ebakindla põhjusliku seose situatsioonides. R.C. Ferreira. *The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis*. – *Maastircht Journal of European and Comparative Law*, 2013, No. 1, p 61, 66. Saksa õpetlased on diskuteerinud võimaluse kaotuse kui iseseisva kahju liigi üle (N. Jansen, G. Mäsch) ja ka võimaluse kaotuse kui alternatiivse põhjusliku seose teooria (H. Koziol) üle, kuid kasutusele pole võetud kumbagi lähenemist. Ferreira, pp 71-73.

¹³⁰ Graziano 2008, p 1022.

¹³¹ Jansen 1999, pp 283, 285. Jansen toob välja, et tegemist on normatiivse kontseptsiooniga, „võimalus“ on selle kaudu konverteeritud õiguseks.

¹³² § 16 Eesti Vabariigi põhiseadus. – 1992, 26, 349 ... RT I, 27.04.2011, 2.

¹³³ Winiger (eds), p 591.

Eespool oli juttu (vt lk 27), et alternatiivse kausaalsuse korral on üheks tingimuseks, et nii esimene tegu kui ta teine tegu võis põhjustada kogukahju, kuid ei ole võimalik kindlaks määrata, milline neist. Võimaluse kaotuse korral ei saa aga öelda, et esimene või teine asjaolu põhjustas kogukahju.¹³⁴ Võimaluse kaotuse korral põhjustas kostjast tingitud asjaolu tõenäoliselt teatud osa hagejal tekkinud kogukahjust ning see osa kujutab kahju, milles eest on vastutav kostja.

Võimaluse kaotuse kontseptsiooni kohaselt ei ole vaja kausaalseost tõendada (kogu)kahju ja asjaolu vahel, mis seisneb lepingu rikkumises või õigusvastases teos, vaid põhjuslik seos tuleb tuvastada võimaluse kaotuse ja kostja teo vahel¹³⁵, kusjuures võimaluse kaotust ja selle tõsidust peab tõendama hageja.¹³⁶ Tuuakse välja, et kausaalseose osas saab endiselt rakendada CSQN põhimõtet. Näiteks, kui patsiendil õnnestus tõendada, et arsti hooletu tegevuse tõttu tema ellujäämise võimalus vähenes 25% võrra, siis see 25% võrra vähenemine toimus 100%-lise kindlusega.¹³⁷ Nähtub, et võimaluse kaotuse põhimõtte korral ei tõusetu enam nii teravalt põhjusliku seose probleeme, kuid omakorda tekivad küsimused, mida tuleb lugeda õiguslikult kaitstud võimaluseks või selle kaotuseks.

N. Jansen tähistab võimalusena (*chance*, ingl k) olukorda teenida silmas peetud kasu või vältida võimalikku kahju. Võimalus eeltingimuseksena nõuab tõelist, vältimatut ebamäärasust. Tuleb eristada võimalust ning probleemi tõenditest.¹³⁸ Viimane hõlmab üldjuhul küsimust mineviku fakti kohta, võimalus kätkeb aga hüpoteetilist küsimust tuleviku kohta.¹³⁹

Samuti ei piisa, kui võimaluse näol on tegemist õhkõrna hüpoteetilise võimalusega, sellel peab olema mõistlik võimalus realiseerumiseks.¹⁴⁰ Ollakse isegi arvamusel, et võimaluse tõenäosus muutuda varaliseks kasuks peab olema suur¹⁴¹ või võimaluse kaotus peab olema tõsine.¹⁴² Võimaluse kaotamine peab olema alati piisavalt ettearvatav nii, et seda saaks tõendada tavapäraste tõenditega.¹⁴³

¹³⁴ Schweizer, p 154.

¹³⁵ Graziano, p 1021.

¹³⁶ Majandusõiguse metoodikad, millega saab mõõta tulevase kasu tõenäosust, sh kaotsi läinud tulevast kasu, teevad seda ülesannet lihtsamaks. EKo 14.10.2014, C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*, kohtujurist P.C.Villalon ettepanek, p 64-67.

¹³⁷ Jansen, p 283.

¹³⁸ *Ibid*, p 279.

¹³⁹ T. Hill. A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. – The Modern Law Review, 1991, Vol. 54, No. 4, p 511.

¹⁴⁰ Ferreira, p 59.

¹⁴¹ EKo 14.10.2014, C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*, kohtujurist P.C.Villalon ettepanek, p 43.

¹⁴² *Ibid*, p 64.

¹⁴³ *Ibid*, p 67.

Kriitikud on välja toonud, et võimaluse kaotuse põhimõtte näol on tegemist kunstliku konstruktsiooniga, kuna võimalused on olemuselt statistilised ja seetõttu ei ole hageja otseselt midagi kaotanud.¹⁴⁴ Oletame, et hagejal on vähk esimeses staadiumis ning tema ellujäämise tõenäosus õigeaegse ravi korral on 35%. Arsti hooletusest avastatakse vähk hiljem, kui see on juba teises staadiumis, ning nüüdse ravi korral on hageja tõenäosus ellu jääda 20%. Hageja on kaotanud küll oma võimaluse 15% ulatuses, ent see on statistiline võimalus. Tekib küsimus, kui hageja oleks kaotanu elu juba ka vähi esimeses staadiumis (kuna tõenäosus ellu jääda oli väike), siis milles seisneb tema personaalne kaotus¹⁴⁵ (vt ka tabel 3).

Tabel 3. Statistiline võimalus

VARIANDID	PATSIENT SAAB RAVI KOHE	PATSIENT SAAB RAVI HILINENULT
I	sureb	sureb
II	sureb	elab
III	elab	sureb
IV	elab	elab

Tabelis toodud variant I illustreerib eelnevat näidet. Tegemist on olukorraga, kus patsient oleks surnud vähki, olenemata õigeaegsest ravist (tema ellujäämise tõenäosus õigeaegse ravi korral oli 35%, mida võib pidada üsna madalaks). Seetõttu tekibki küsimus, kas ka sel juhul peaks võimaluse kaotus olema hüvitatav. Tabelis toodud variant III illustreerib CSQN põhimõtet, kus õigeaegse ravi korral jääb patsient elama, kuid diagnoosivea, ravivea või muu hooletuse korral kaotab patsient elu. Samuti sobib see variant võimaluse kaotuse põhimõtte iseloomustamiseks, sest patsient võib surra tulenevalt oma eelnevast seisundist ning arsti teost koosmõjus, kusjuures kaotuse (*loss*, ingl k) all tuleks mõista seda, et märkimisväärset võimalust ei ole enam alles jätud.¹⁴⁶ Tuuakse ka välja, et võimaluse kaotuse juhtumitega on tegemist siis, kui hävitatakse mingisugune võimalus (*destory a chance*, ingl k).¹⁴⁷

¹⁴⁴ Jansen, p 280; Hill, p 512.

¹⁴⁵ Hill, pp 512, 514, 518.

¹⁴⁶ *Ibid*, p 282. Inglise keeles - *no substantial chance is left*.

¹⁴⁷ Jansen, p 281.

Variant IV korral on tegemist võimaluse vähendamisega (mitte kaotusega) ning see on omaette küsimus, kas selline olukord peaks olema õiguslikult kaitstud.¹⁴⁸ Nähtub, et tervishoiuteenuse osutaja vea tõttu tõepoolest patsiendi võimalus terveneda vähenes, kuid patsient siiski tervenesis täielikult.¹⁴⁹ Võimaluse vähendamise hüvitamist pigem ei pooldata, kuna kannatanu paraneb täielikult, ning hiljem ei tule tal saadut tagastada.¹⁵⁰ Seega võib selline kahju liik muutuda omaette teenimise võimaluseks ning avada tee hulgalistele kahju hüvitamise nõuetele.¹⁵¹ Võimaluse vähendamise ja võimaluse kaotuse eristamine võib aga kujuneda probleemiks, sest teatud juhtudel tekib küsimus, kui kaua tuleks oodata, et selguks, kas patsient paraneb või mitte.¹⁵²

Tabelis toodud variant II iseloomustab taas, et tegemist on statistiliste võimalustega ning eksisteerib ka variant, kus patsiendile antakse õigeaegset ravi, paraku aga haigus ei allu ravile. Mõni aeg hiljem tuleb aga kasutusele uus ravivõte või medikament ning patsient võib elama jääda, olenemata sellest et ta saab hilinevad ravi.

Võimaluse kaotuse juhtumitel tuleb tähele panna, et eksisteerib kahel põhjusel tekkinud kahju: kahju, mis tuleneb inimese juba olemasolevast olukorrast, ning kahju, mille tekitab lisanduv õigusvastane käitumine.¹⁵³ Nende eristamine ei pruugi alati lihtne olla sest välja tuleb selgitada asjaolud ennem kahjustavat tegu ning kas need asjaolud olid hilisema kogukahju põhjuseks; põhjustasid need osa tekkinud kogukahjust, aidates kogukahju tekkimisele kaasa või ei olnud eelneval olukorral mitte mingisugust seost kahju tekkimisega.¹⁵⁴

Seega võimaldab *loss of chance* põhimõte arvesse võtta isiku olemasolevat (eelnevat) seisundit.¹⁵⁵ Tõusetub küsimus, kui kaugele tuleks vaadata isiku eelneva seisundi hindamisel.

¹⁴⁸ Jansen, p 282. Vt ka *Gregg v. Scott*, kus hageja oli vähk, kuid ta elas kauem kui statistika kohaselt pidanuks elama. Viidatud: Lord Walker, *Loss of a Chance and a Chance of Loss*, 2009, p 11.

Available: <http://www.iclr.co.uk/assets/media/iclr-annual-lecture-transcript-2009.pdf> (25.04.2015)

¹⁴⁹ Winiger (eds), p 591.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Vt ka A. El-Haj. *The Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice: A Lost Case?* 2010, p 16. Available: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1674415 (24.04.2015)

¹⁵² Küsimust ei teki, kui kaotus on n-ö silmnähtav, nt kaotatakse mõni kehaosa või seel funktsioon, mis daab koheselt vaadelda. Näiteks vähi korral, kus patsientidele ennustatakse teatud aeg elamiseks. Vt ka *Gregg v. Scott*, kus hageja oli vähk, kuid ta elas kauem kui statistika kohaselt pidanuks elama, viidatud: Lord Walker, p 11. Available: <http://www.iclr.co.uk/assets/media/iclr-annual-lecture-transcript-2009.pdf> (25.04.2015)

¹⁵³ Aagaard, p 1341.

¹⁵⁴ J.H. King. *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*. The Yale Law Journal, 1981, Vol. 90, p 1353.

¹⁵⁵ Isiku eelnev seisund võib hõlmata ka isiku elustiili valikuid, geneetilisi soodumusi. Kalev, p 207. Vanuse kohta vt ka RK 3-2-1-92-03 p 27.

Arvesse tuleks võtta asjaolusid, mis võisid mõistlikkuse põhimõttest lähtuvalt mõjutada isikule kahju tekkimist.¹⁵⁶

Samuti võib eelnev seisund hõlmata n-ö ähvardavat tingimust, mis on isikul olemas, aga see pole avaldunud. Kahjustava teo tulemusel see aga avaldub ning seetõttu on ka tekkinud kahju suurem, kui ilma eelneva „ähvardava“ tingimusega. Sellist ähvardavat tingimust tuleks eelneva tingimusena arvesse võtta, kui see on kinnistunud ning tugevalt seotud kahjustatud hüvega.¹⁵⁷ Näiteks võib tuua olukorra, kus ehitustööline kaotab sillal töötades tasakaalu ning tema keha hakkab liikuma silla ääre poole, kuid enne kui ta hakkab sillalt alla kukkuma, takerdub ta elektrijuhtmetesse, millelt saab surmava elektrilöögi. Olgugi et surma põhjuseks on elektrilöök ja elektrijuhtmete omanik on olnud hooletu, kui ei ole neid eraldisega piiranud, tuleb arvestada, et isik kaotas enne seda tasakaalu ning ei ole teada, kas ta oleks tasakaalu suutnud taastada enne kui ta sillalt alla kukub või mitte.¹⁵⁸

„Ähvardava“ tingimusena võiks käsitleda ka tingimust, millest isik on teadlik ja ta ei saa seda asjaolu eemaldada ning varem või hiljem võib selle kahjustav mõju avalduda. Näiteks kui isikul on haiguse peiteperiood ning kahjustava teo tulemusena see haigus avaldub.

Võimaluse kaotusest tingitud kahju hüvitamise korral on kompensatsiooni aluseks see kaotatud võimalus¹⁵⁹, mitte aga tekkinud kogukahju või lõpp-tagajärge. N. Jansen toob välja, et küsimine, kas patsient oleks tervenenu, kui arst ei oleks hooletult käitunud, ei oma tähtsust ning selle ilmetamiseks toob näite raha varastamise kohta. Ei oleks aktsepteeritav väide, et varas varastas kannatanult raha teades, et kannatanu plaanib selle rahaga minna kasiinosse ning ikkagi selle ära kulutada/kaotada. Kuna raha kaotus varastamise tõttu on juba omaette kahju, ei tule küsida ka selle kohta, kas patsient oleks tervenenu.¹⁶⁰

Seega võib võimaluse kaotuse põhimõtte pakkuda kaitset ka kostjale, esitades vastuargumente liinil, et temale ei tohiks omistada kogu kahjulikku tagajärge, vaid tema vastutab üksnes võimaluse kaotuse eest (kogukahju eest teatud ulatuses).¹⁶¹ Tekib küsimus, kas võimaluse kaotuse näol on tegemist kahju osalise hüvitamisega või ikkagi kahju täieliku hüvitamisega.

¹⁵⁶ Robertson, p 1798

¹⁵⁷ King, p 1357.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Tructor, p 359.

¹⁶⁰ Jansen, p 283.

¹⁶¹ *Ibid.*

Üks variant on vaadata võimaluse kaotuse kahju hüvitamist nii, et tegemist on kahjuhüvitise vähendamisega, kuna hagejale ei hüvitata kogukahju, vaid üksnes kahju osa, mille eest on vastutav kostja. Eesti õigusele ei ole võõras kahjuhüvitise vähendamine ehk erandite tegemine kahju täieliku hüvitamise põhimõttest, näiteks kahjustatud isikust tulenevatest asjaoludest tulenevalt varalise kahju eest väljamõistetava hüvitise vähendamine (VÕS § 139) ja varalise kahju hüvitamine konkreetse juhtumi asjaolusid arvestades õigluse põhimõttest lähtudes (VÕS § 140).¹⁶²

VÕS § 140 lg 1 sätestab, et kohus võib kahjuhüvitist vähendada, kui kahju hüvitamine täies ulatuses oleks kohustatud isiku suhtes äärmiselt ebaõiglane või muudel põhjustel mõistlikult vastuvõtmatu. On arvamusi, kus selle sätte näol ei ole tegemist kohtuniku kaalutlusõigusega, vaid pigem paragrahvis loetletud asjaolude esinemise korral kohtuniku kohustusega.¹⁶³ Ollakse arvamusel, et lepinguliste suhete korral VÕS § 140 lg 1 ei kohaldu¹⁶⁴, samuti mittevaralise kahju korral.¹⁶⁵

Teise seisukoha järgi, mida pooldab ka käesoleva magistritöö autor, on võimaluse kaotuse näol ei ole tegemist kahju hüvitise vähendamisega, kuna kostja teost tingitud kaotatud võimalus hüvitatakse täielikult. VÕS § 127 lg 1, kohaselt on kahju hüvitamise eesmärk asetada kahjustatud isik olukorda, mis on võimalikult lähedane olukorrale, milles ta oleks olnud, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud. Kui vaatleme jällegi olukorda, kus hageja jõuab haiglasse ning tema tervenemise tõenäosus on näiteks 50%. Arst teeb vea ning hageja tervenemise tõenäosus väheneb 30%-ni. Lähtuvalt diferentsihüpoteesist tuleks hageja läbi kahju hüvitamise asetada olukorda, kus tema tervenemise tõenäosus on jälle 50%, mitte aga täielik (100%). Sel juhul saaks öelda, et lähtuvalt võimaluse kaotuse hüvitamisest ei ole tegemist osalise kahju hüvitamisega – võimaluse kaotus hüvitatakse täielikult. Teisisõnu, kui vaadata ainult kostja tegu ja sellest tekkinud kahju (võimaluse kaotust), hüvitatakse see kahju täielikult.

Võimaluse kaotuse põhimõte toob kausaalseose probleemid lähemale kahju hüvitise määramise tasemele, kuna kausaalseose tasand on tihedalt seotud kahjuhüvitise hindamise

¹⁶² Vt ka K. Kirspuu. Varalise kahju hüvitamise üldpõhimõtted ja kahjuhüvitise vähendamine VÕS § 140 lg 1 järgi. Magistritöö, 2010, lk 23.

¹⁶³ Kirspuu (2010), lk 37.

¹⁶⁴ Kirspuu (2010), lk 61.

¹⁶⁵ Varul jt (2006), lk 547.

tasandiga, ka tulevikus tekkiva kahju hindamisega.¹⁶⁶ Tuuakse välja, et tulevikus tekkiv kahju seondub eelkõige isiku majanduslike väljavaadetega.¹⁶⁷ Kahju võib seisneda võimaluse kaotuses midagi võita, näiteks saavutada töökoht, saavutada teatud professiooni tase, või võimaluse kaotuses mitte-kaotada, näiteks tervisekahjustuse tekkimise juhtumid arsti rikkumiste tõttu.¹⁶⁸

2.2. Kahjuhüvitise arvutamise võimalused võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamisel

2.2.1. Võimaluse kaotuse hüvitamine „kõik-või-mitte-midagi“ põhimõttel

Käesolev töö näitab siinkohal CSQN põhimõttel kahju hüvitise määramist, sest see muudab järgmised lähenemised paremini võrreldavaks. R.R. Frasca leiab, et ka CSQN põhimõte on üks võimaluse kaotuse hüvitamise viise.¹⁶⁹ Tegemist on võimaluse kaotuse hüvitamisega „kõik-või-mitte-midagi“ põhimõttel. See tähendab raviteenuse osutamise juhtumitel, et kui patsiendi tervenemise tõenäosus õigeaegse ravi korral on suurem kui 50%, siis hüvitatakse patsiendile tekkinud kogukahju, vastasel juhul jääb patsient hüvitiseta. R.R.Frasca toob antud reegli välja järgmiselt.¹⁷⁰

Kui $p^0 > 50\%$, siis $D = L$.

Kui $p^0 \leq 50\%$, siis $D = 0$.

Kus

p^0 = patsiendi tervenemise tõenäosus õigeaegse ravi korral (ilma hooletusest tekkinud veata)

D = hüvitamisele kuuluv kahju

L = tekkinud kahju

Sellisel juhul suunatakse tähelepanu soodsa olukorra tekkimise tõenäosusele, kui kahjustavat tegu poleks olnud. Käesoleva magistritöö autor leiab, et tegemist ei ole niivõrd kaotatud võimaluse hüvitamisega, kuivõrd eeldatakse, et soodne olukord oleks tekkinud, ning seetõttu hüvitatakse patsiendile kogukahju, kuigi hageja kaotas kostja teo tõttu üksnes võimaluse saavutada soodne olukord. Selline lähenemine väärtustab võimalust kui sellist kõrgelt, kuid seejuures peab võimalus olema oluline (oluliseks loetakse käesolevaga vähemalt 51%

¹⁶⁶ van Dam, pp 296-297.

¹⁶⁷ *Ibid.* Vt ka Lord Walker, p 4.

¹⁶⁸ Vt ka van Dam, p 296.

¹⁶⁹ R.R. Frasca. Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages. – Journal of Legal Economics, 2009/15, p 6.

¹⁷⁰ *Ibid*, p 8.

tervenemise tõenäosust arvestades hoolsat käitumist). Teisisõnu, hüvitamisele ei kuulu mitte igasugune võimalusest ilma jäämine, vaid üksnes võimalusest ilma jäämine, kui hageja esialgne seisund oli piisavalt soodne. Selline lähenemine võib viia hageja üle- või alakompenseerimiseni (vt lk 17).¹⁷¹

Käesoleva töö autor leiab, et 51% määr võib olla liiga kõrge ning see võiks kaasa tuua olukorra, kus arstid ei hakkagi abi osutama haigele, kelle tervenemise tõenäosus on näiteks alla 51%. Arst sel juhul rikub küll oma kohustusi, kuid see võimaldab tal väita, et patsienti polnudki oluline päästma asuda, kuna ta tõenäoliselt poleks tervenunud. Tundub ebaõiglasena, et rikkuja pääseb sel juhul vastutusest,¹⁷² eriti kui tegemist on konstitutsiooniliste õigustega, näiteks nagu õigus elule.¹⁷³

Kohtud võivad antud põhimõtet ka modifitseerida ehk 50% asemel kasutada muud tõenäosust või tingimust. Näiteks öelda, et kahju kuulub hüvitamisele, kui tervenemise tõenäosus oli märkimisväärne.

2.2.2. Kahju hüvitamine proportsionaalselt võimaluse kaotuse määraga

Üheks kahju hüvitamise arvestamise viisiks on ka põhimõte, mille kohaselt hüvitatakse kahju proportsionaalselt kaotatud soodsa võimaluse määraga (*proportional loss of chance*, ingl k).¹⁷⁴ Põhimõtte idee seisneb selles, et kui inimesel on võrdne võimalus või vähem kui võrdne võimalus ellu jäämiseks, ei ole õiglane, et patsient jääb hüvitiseta.

Selle teooria pooldajad pakuvad välja, et patsiendile tuleks hüvitada tekkinud kahju proportsionaalselt tervenemise võimalusega, kui patsiendi tõenäosus terveneda enne hooletut tegu on alla 50%. Näiteks patsient saab vale diagnoosi ning sureb, kuid isegi õige diagnoosi korral oluks patsiendi tervenemise tõenäosus 40%. Sellisel juhul tuleks hüvitada 40% patsiendi tulevikus saamata jäänud kasust.¹⁷⁵ Kahju hüvitamise reegel proportsionaalselt võimaluse kaotuse määraga näeb valemite abil välja järgmine¹⁷⁶:

¹⁷¹ Tructor, p 366.

¹⁷² Aagaard, p 1338. Tähelepanu tuleb juhtida, et selleks tuleb kõigepealt ka kindlaks teha, kas käitumine klassifitseerub õigusvastase käitumisena.

¹⁷³ Jansen, p 292.

¹⁷⁴ Frasca, pp 13-14.

¹⁷⁵ King, p 1382.

¹⁷⁶ Frasca, p 14.

Kui $p^0 > 50\%$, siis $D = L$.

Kui $p^0 \leq 50\%$, siis $D = p^0 * L$

Kus

p^0 = patsiendi tervenemise tõenäosus õigeaegse ravi korral (ilma hooletusest tekkinud veata)

D = hüvitamisele kuuluv kahju

L = tekkinud kahju

Sellest reeglist nähtub, et kaotatud võimaluse eest hüvitatakse kahju proportsionaalselt kaotatud võimalusega saavutada soodne tulemus, kui patsiendi tervenemise tõenäosus enne hooletut tegu on alla 50%. Kui patsiendi tervenemise tõenäosus enne arsti hooletut tegu on suurem kui 50%, siis käsitletakse hooletut tegu kui kahju tekkimise kindlat põhjust, ning hüvitamisele kuulub kogukahju, ehk teisisõnu, tagajärjed on samasugused nagu „kõik-või-mitte-midagi“ põhimõtte korral. Kui patsiendi tervenemise tõenäosus enne rikkumist on 50% või väiksem, siis võetaksegi arvesse, et patsient ei oleks ka ilma rikkumiseta võib-olla haigusest paranenud. Seetõttu hüvitatakse ka kahju vastavalt paranemise tõenäosust arvesse võttes ($p^0 * L$).

Proportsionaalset kahju hüvitamise põhimõtet saab seostada ka teatud lävega, millest alates ikkagi kahju ei hüvitata. Näiteks, jättes kõrvale arsti hooletu teo või rikkumise ning asendades selle oodatud hoolsusega, on patsiendi tõenäosus terveneda 25% või väiksem, siis patsiendil tekkinud kahju ei kuulu hüvitamisele¹⁷⁷, kuna tõenäosus paraneda oli peaaegu et olematu. Kui CSQN kahju hüvitamise korral on selleks läveks 51%, siis selle põhimõtte järgi võib kohtupraktika kujundada teatud läve, näiteks lähtuvalt mõistlikkuse põhimõttest.

Sellise võimaluse olemasolu võib seostada Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon sätestab I osas isikute põhiõigused ja vabadused ning samuti, et nende põhiõiguste ja vabaduste kaitse peab olema tagatud. Konventsioon ei sätesta sellist üldist isikuõigust nagu õigus kahju hüvitamisele, küll on aga selge, et EIK poole pööratakse kahju hüvitise saamiseks, kui on rikutud konventsiooniga antud õigust või vabadust. Konventsiooni II osa käsitlebki Euroopa Inimõiguste Kohtu tööd. Artikkel 35 lg 3 b) sätestab, et kohus tunnistab vastuvõetamatuks individuaalkaebuse, kui kaebuse esitaja ei ole kandnud märkimisväärset kahju (*significant disadvantage*, ingl k). Seega üks võimalus kahju hüvitamise tõlgendamiseks on selline, et hüvitamisele kuulub üksnes märkimisväärne kahju. Teisisõnu, kui on tõendatud põhjuslik

¹⁷⁷ *Ibid*, p 18. Viidatakse, et Kansase Ülemkohus määras, et isegi 10% ei ole veel piisavalt madal.

seos kahjustava teo ja kahju tekkimise vahel, siis võib olla nii, et kahju hüvitis on null, sest tekkinud kahju ei ole märkimisväärne.

Omaette on aga küsimus, et kas mõistet „märkimisväärne kahju“ võib sisustada erinevates õigusvaldkondades erinevalt, st ühes valdkonnas on 10% tõenäosuse halvenemine juba „märkimisväärne“ kahju ning teises valdkonnas 10%-line tõenäosuse vähenemine ei ole veel „märkimisväärne“ kahju. Meditsiiniõiguse valdkonnas peaks olema 10%-line paranemise tõenäosuse vähenemine märkimisväärne kahju, kuna õigus elule on absoluutne õigus, samas kui advokaat ei ole piisavalt hoolas ning kohtuasja edukuse tõenäosus väheneb 10%, kas siis tuleks see lugeda märkimisväärseks kahjuks. Kahjuhüvitise vähendamisel tuleb samuti meeles pidada, et kahjuhüvitis peab jääma õiglaseks.¹⁷⁸

2.2.3. Võimaluse kaotusest tekkinud kahju hüvitamine arvestades oodatud tulemuse saavutamise tõenäosust enne ja pärast rikkumist

Võimaluse kaotusest tekkinud kahju hüvitamisel, võttes arvesse oodatud tulemuse tõenäosust enne ja pärast kostja rikkumist/õigusvastast tegu (ingl k *incremental loss of chance* põhimõte), hinnatakse üksnes kaotatud võimalust. Kostja tegu vaadatakse kui kahjulikule tagajärjele kaasaaitavat tegu, kahju lisavat tegu.¹⁷⁹ Kahjuhüvitise suuruse määramisel võetakse arvesse nimetatud tõenäosuste vahe.

Incremental loss of chance põhimõte nõuab patsiendi seisundi hindamist enne arsti hooletut tegu, kui ka seisundit pärast seda tegu.¹⁸⁰ Näiteks, olgu patsiendil enne arsti hooletut tegu paranemise tõenäosus 40% ning pärast arsti hooletut tegu on paranemise tõenäosus 25%, siis patsient kaotas 15% ulatuses oma võimaluse paranemiseks ($40\% - 25\% = 15\%$). Kahju hüvitis arvutatakse võrdeliselt vastavalt paranemise võimalusele ($15\% * L$).¹⁸¹ Kohtul tuleb sel juhul koostöös ekspertidega välja selgitada patsiendi kogukahju, siis tuvastada patsiendi võimaluse kaotus protsentuaalselt ning seejärel korrutada saadud protsent kogukahjuga. Võrrandi kujul näeb kahjuhüvitise arvutamine välja järgmine¹⁸²:

Kui $p^0 > 50\%$, siis $D = L$

¹⁷⁸ Artikkel 41, Inimõiguste ja vabaduste kaitse konventsioon. – RT II 2000, 11, 57.

¹⁷⁹ Schweiser, p 154. Kasutab tähistust „*incremental rule*“.

¹⁸⁰ Frasca, p 20.

¹⁸¹ *Ibid*, p 18.

¹⁸² Frasca, p 19.

Kui $p^0 \leq 50\%$, siis $D = (p^0 - p^n) * L$

Kus

p^0 = patsiendi tervenemise tõenäosus õigeaegse ravi korral (ilma hooletusest tekkinud veata)

p^n = patsiendi tervenemise tõenäosus pärast hooletut tegu

D = hüvitamisele kuuluv kahju

L = tekkinud kahju

R.R. Frasca toob välja, et *incremental loss of chance* põhimõte võidakse kõrvale jätta seetõttu, et pole piisavat informatsiooni. Ilmselt eelneva patsiendi olukorra kohta on olemas dokumentatsioon, aga selle kohta, kui palju mõjutas hooletu tegu patsiendi olukorra halvenemist (või kui palju halvenes patsiendi seisund tulenevalt loomulikust asjade kulgemisest), see on ebaselge.

Nähtub, et *incremental loss of chance* põhimõte peegeldab kõige paremini patsiendi kahju hüvitamise huvisid surmajuhtumiga seotud olukorras. Teisisõnu, patsiendil on huvi, et kompenseeritakse tulevikus saamata jäänud sissetulek, mis on ilmselgelt mõjutatud patsiendi ellujäämise tõenäosusest enne arsti hooletut tegu.¹⁸³

Käesoleva töö autori arvates tuleks kindlasti kahjuhüvitis määramisel arvesse võtta oodatava tulemuse saavutamise tõenäosust enne ja pärast rikkumist, sest ainult soodsa tulemusega arvestamine tähendaks, et soodne tulemus oleks kindlasti saavutatud. Võimaluse kaotuse põhimõttel kahju hüvitise arvestamise meetodeid on veel teisigi, eelkõige on tegemist matemaatiliselt täpsemate arvutustega, kus on arvesse võetud tõenäosuste realiseerumist, samuti ka looduse poolt juhusliku sündmuse esinemise tõenäosust ning tõenäosust, et kahju võis tekkida mitme erineva faktori tagajärjel.¹⁸⁴

2.3. Tõenäosusliku kausaalsuse põhimõte ja selle eristamine võimaluse kaotuse põhimõtetest

Lisaks CSQN põhjusliku seose tuvastamise meetodile, on ka teine individualiseerimisel põhinev kontseptsioon – *ex ante* põhjusliku seose tuvastamise meetod. Sellisel puhul sõltub tagajärje saabumine tagajärje tekkimisega seotud riski suuruselt.¹⁸⁵ S. Shavell nimetab sellist

¹⁸³ *Ibid*, p 20.

¹⁸⁴ Vt Schweiser, pp 157-159.

¹⁸⁵ Shavell, p 466.

tüüpi põhjuslikku seost tõenäosuslikuks seoseks (*probabilistic cause*, ingl k).¹⁸⁶ Retrospektiivse kausaalsuse tüüpi ja tõenäosusliku kausaalsuse tüüpi eristavaks faktoriks on ajalise perspektiivi väärtustamise viis. Kui retrospektiivne kausaalsus on tagasivaatava iseloomuga, siis tõenäosuslik kausaalsus on suunatud ettepoole. Kui retrospektiivse kausaalsuse korral tuleb otsida vastust küsimusele, kas isiku käitumine oli saabunud tagajärje vältimatuks tingimuseks, siis tõenäosusliku kausaalsuse korral aga, kas isiku tegevus võib (võis) suurendada kahju tekkimise tõenäosust.¹⁸⁷

Tõenäosusliku kausaalsuse põhimõtte võimaldab aluseks võtta kalkuleeritavaid tõenäosusi, mida CSQN põhimõtte ei võimalda. Ollakse seisukohal, et tuleb eristada küsimust kausaalsusest (*causation*, ingl k) ning küsimust kahju hindamisest (*valuation*, ingl k), olgugi et nad teenivad sarnast eesmärki.¹⁸⁸ Tõenäosusliku kausaalsuse põhimõtte näol ei ole tegemist omaette kahju liigiga, vaid nõ osalise kausaalsusega.¹⁸⁹

Tõenäosusliku kausaalsuse korral vaadeldakse patsiendil tekkinud haigust või surma kahjuna (nagu ka traditsioonilise lähenemise korral), mille eest soovitakse kompensatsiooni.¹⁹⁰ Proportsionaalse kausaalsuse korral tuleb hagejal näidata, et kostja teod või tegematajätmsed suurendasid patsiendil kahju tekkimise riski. Võrreldes traditsioonilise põhjusliku seose reegluga, ei pea hageja näitama, et kostja tegu oli kahju tekkimise vältimatuks tingimuseks, piisab kui hageja näitab ära, et kostja tegu suurendas lõppkahju tekkimise riski.¹⁹¹

Tõenäosusliku kausaalseose ilmestamiseks oletame, et auto sõidab mööda kurvulist ja jäist küláteed. Kurvilisel küláteel liigub vahest aeglaselt sõitvaid traktoreid. Kui auto sõidab mööda jäist küláteed lubatud piirkiirusega, võib see traktorile otsa sõita tõenäosusega 0,01. Kui aga auto sõidab mööda jäist küláteed ületades lubatud piirkiirust, on see tõenäosus 0,02. Situatsiooni iseloomustab tabel 4.

¹⁸⁶ *Ibid*, p 468.

¹⁸⁷ Kingisepp 2003, lk 156. M.Kingisepp nimetab seda tüüpi põhjusliku seost „võimeliseks kausaalsuseks“.

¹⁸⁸ King, pp 1353-1354.

¹⁸⁹ Ferreira, p 61.

¹⁹⁰ Tructor, p 356. Kirjanduses kasutatakse ka mõistet „*relaxed causation*“.

¹⁹¹ *Ibid*, p 357.

Tabel 4. Tõenäosuslik põhjuslik seos

TEGEVUS	KESKKOND	
	Tee ei ole jäine	Tee on jäine: tõenäosus kokkupõrkeks traktoriga
Sõitmine lubatud piirkiirusega	õnnetus puudub	0,01
Kiiruse ületamine	õnnetus puudub	0,02

Tabelist 4 nähtub, et kui auto sõidab jäisel teel ületades lubatud piirkiirust, tõuseb traktorile otsa sõitmise tõenäosus. Sõitmisel lubatud piirkiirusega, on vastav tõenäosus 1% ning kiirust ületades 2%. Seega autojuhi käitumine (kiiruse ületamine) on tõenäosuslikus põhjuslikus seoses jäisel teel traktorile otsa sõitmisel. Olgu märgitud, et ka lubatud piirkiiruse raames on jäisel teel traktorile otsa sõitmise tõenäosus olemas, kuid tegemist on aktsepteeritava ja kokkuleppelise riskiga liikluseeskirjade raames.¹⁹² Seega, tõenäosusliku põhjusliku seose järgi on tegu tagajärjega põhjuslikus seoses, kui tagajärje saabumise tõenäosus on esimesel juhul suurem kui teisel juhul.¹⁹³

Pöördume hetkeks tagasi Šveitsi kohtu kaasuse juurde, kus aprikoosi kasvatajatest hagejad nõudsid kahju hüvitamist.¹⁹⁴ Võib väita, et kohus saanuks selle kaasuse korral põhjendada asja ka nii, et kostja tegu suurendas hagejatel kahju tekkimise tõenäosust. Näiteks on võimalik, et hagejate saak vähenes kliimaatilistel põhjustel, aga kostja tegu suurendas veelgi saagi vähenemist. Teisisõnu, kostja tegu tõstis tõenäosust, et hagejatel tuleb kehvem saak.

Tõenäosusliku põhjusliku seose teooria abil saab näiteks põhjuslikku seost tuvastada meditsiiniõiguse kaasuste korral. Viru Maakohtu kohtuasjast nähtub, et hageja pöördus arsti poole valutava hambaga.¹⁹⁵ Hambaarst ei eemaldanud koheselt valutavat hammast, vaid otsustas teha esialgu juureravi, kuid selgus, et see oli edutu ning hiljem lasi hageja hamba eemaldada. Hageja väitis, et kuna põletikulist hammast ei eemaldatud kohe alguses, siis tekkisid tal sellega seoses muud tervisehädad. Hageja konsulteeris korduvalt selle aja jooksul hambaarstiga. Tervishoiuameti Arstiabi Kvaliteedi Ekspertkomisjon leidis, et hageja jätkuvate kaebuste alusel tulnuks teha röntgenülesvõte, millest olnuks näha, et hammas tuleb eemaldada

¹⁹² Vt ka Shavell, p 469.

¹⁹³ *Ibid*, p 468.

¹⁹⁴ Vt käesolev töö lk 23.

¹⁹⁵ VMK 28.09.2012, 2-06-9959.

ning edasist ravi mitte jätkata. Tervisekaitseameti eksperdi arvamuse kohaselt kroonilised põletikud juure all võivad olla põhjuseks tüsistuste tekkeks, mis võib väljenduda põletikuna teistes organites ning et kroonilised põletikud võivad põhjustada põletikulisi muutusi erinevates organites. Samuti võisid erinevad tervisehädad tuleneda patsiendi ealisusest või varasemast olukorrast.

Viru Maakohus sedastas lakooniliselt, et hageja ei ole tõendanud põhjusliku seose olemasolu kostja tegevus(etus)e ja tekkinud terviserikke vahel.¹⁹⁶ Kohus viitab üksnes, et hagejale võis kahju tekkida valedest ravivõtetest ja diagnoosist, kuid kahju võis tekkida ka hageja varasemast tervislikust seisundist ning vanaduse tõttu organismi üldisest nõrgenemisest, samuti nende kahe aspekti koosmõjust ning tervise häirete tekkimine just hammaste põletiku tagajärjel ei ole tõendatud.¹⁹⁷

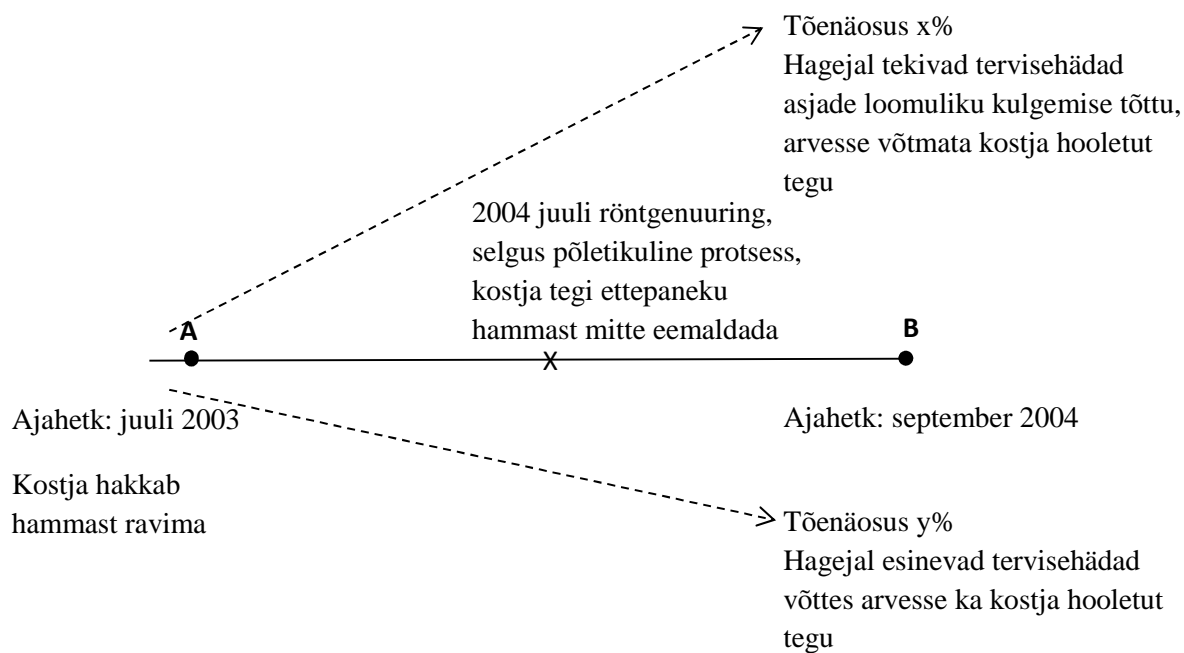
Sellises olukorras saaks kasutada põhjusliku seose tuvastamiseks tõenäosusliku kausaalsuse põhimõtet (vt joonis 2). Tõenäosusliku kausaalsuse põhimõtte kohaselt tuleks esiteks hinnata, kui suur oli tõenäosus, et hagejale oleks tervisehädad tekkinud ilma kostja teota, ning teiseks tuleks hinnata tõenäosust, et tervisehädad tekkisid pärast kostja tegu. Seda illustreerib järgmine joonis.

Selleks, et hinnata $x\%$ tõenäosust, peab olema hageja tervislik seisund hästi dokumenteeritud. Samuti saab kohus läbi viia hüpoteetilise hindamise esitatud tõendite alusel. Tõenäosuse hindamisel punktis B tuleks arvesse võtta hageja east tingitud vaevusi, ka seda, et hambad vajasid ravi ning olid juba mõningaid vaevusi ilmselt tekitanud. Punktis B laseb hageja hamba eemaldada, kuna terviseprobleemid veelgi süvenesid ning ravi ei aidanud. Hamba ebaõige ravi kulud hüvitas kostja hagejale, kuid hageja nõudis ka tekkinud tervisehädadega seoses hüvitist. Kui $x < y$, siis proportsionaalse kausaalsus järgi on kostja tegu põhjuslikus seoses hageja tervisehädadest tingitud kahjuga. Järgmises etapis tuleks välja selgitada kahju ulatus, et hinnata ka muid sündmusi, mille tagajärjel võis hagejale kahju tekkida.

¹⁹⁶ *Ibid*, lk 20.

¹⁹⁷ Kohus ei kasutanud ka tõendamise koormuse ümberjagamist. Vt käesolev töö ptk 1.4. Kui oleks leitud, et röntgenülevõtte tegemine patsiendi kaebusi arvestades on raviviga, tulnuks VÕS § 770 lg 4 kohaselt põhjuslikku seost eeldada ning kostjal tulnuks vastutusest vabanemiseks tõendada, et kahju tekkis muust asjaolust, kui tema teost/tegevusest.

Joonis. 2. Tõenäosusliku põhjusliku seose hindamise meetod



Kui tõenäosusliku põhjusliku seose abil on tuvastatud kausaalseos, järgneb kahju hüvitise kindlaksmääramine, kus jääb endiselt võimalus vähendada kahjuhüvitist hagejast endast tulenevate asjaolude arvestamisega. Kui kohus on tuvastanud põhjusliku seose ning asub kindlaks määrama kahju hüvitise suurust, siis magistritöö autori arvates võiks kohus kahjuhüvitise välja mõista võrdeliselt kaotatud tõenäosusega, kuid kohus võib määrata kahjuhüvitise lähtuvalt õiglasest hüvitisest (VÕS § 140 lg 1) või vähendada kahju hüvitist võttes arvesse hageja osa kahju tekkimisel (VÕS § 139 lg 1). Kahju hüvitise suuruse arvestamisel võiks siin samuti eeskujult võtta võimaluse kaotuse alusel kahjuhüvitise arvestamise põhimõtetest.

Tõenäosusliku põhjusliku seose ja võimaluse kaotuse põhimõtete näol on tegemist on lähedalseisvate kontseptsioonidega. Mõlemad põhimõtted võimaldavad kahju osalist hüvitamist, silmas pidades lõpp-kahju. Võimaluse kaotuse korral öeldakse, et võimalusel on iseseisev väärtus ning hageja kaotas selle tulenevalt kostja teost. Kaotatud võimalus tuleks kompenseerida. Tõenäosusliku põhjusliku seose korral öeldakse, et kostja tegu on põhjuslikus seoses hagejal tekkinud kahjuga, olgugi et põhjuslik seos on hüpoteetiline. Vastavalt kausaalseose „tugevusele“, tuleks vähendada ka kahjuhüvitist tõenäosusliku põhjusliku seose korral. Käesoleva magistritöö autor pooldab pigem võimaluse kaotuse põhimõttel kahju hüvitamist, kuna see kontseptsioon on selgem ning paremini seostatav isikute kohustustega (nt osutada hoolsat arstiabi või õigusabi).

2.4. Võimaluse kaotuse põhimõtte rakendusvaldkonnad

2.4.1. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine tervishoiuteenuse osutamise juhtudel

Käesolevas magistritöös on toodud mitmeid näited arstide hooletust käitumisest ning patsientide tervenemise võimaluse kaotustest. Meditsiini valdkond ilmestab võimaluse kaotuse probleemi kõige teravamalt, sest igapähe on ainult üks elu ning elukvaliteedi muutus tulenevalt püsivast vigastusest tuntakse sageli koheselt, tihtilugu on tervisekahjustus seotud sissetuleku kaotusega ning üldise füüsilise heaolu langusega (piirangud liikumisele, sportimisele jne).

Prantsusmaa näol on tegemist ühe Euroopa riigiga, kus aktsepteeritakse kahju hüvitamist lähtuvalt võimaluse kaotusest (*perte d'une chance*, prantsuse keeles) kõige laialdasemalt; tuuakse välja, et võimaluse kaotuse põhimõttel kahju hüvitamisele ei ole seatud kindlaid valdkondi, kus seda kasutada, ega kindlaid piire.¹⁹⁸

Prantsusmaa kassatsioonikohtu otsuste hulgast võib leida järgmise võimaluse kaotuse kaasuse meditsiiniõiguses.¹⁹⁹ Paar päeva pärast pimesoole operatsiooni, suri patsient, kuna arst ei viinud läbi vajalikke uuringuid seoses operatsiooniga. Kuigi arsti hooletus ei olnud üheselt selge patsiendi surma põhjus, jättis see patsiendi ilma võimalusest ellu jääda. Tuuakse välja, et kahju ei seisnenud elu kaotamises, vaid võimaluse kaotamises ellu jääda.²⁰⁰

Prantsusmaal hüvitatakse lähtuvalt võimaluse kaotuse põhimõttest kahju muuhulgas, kui patsient oleks kasu saanud varasemast või paremast ravist, kuid ei ole kindel, kas patsient oleks sellise ravi korral terveks saanud. Näiteks ka olukorras, kus arst hilineb õige diagnoosi määramisega. Kannatanu peab tõendama, et tema kohane ravi oleks suurendanud tema

¹⁹⁸ F. G'Sell-Macrez, *Medical Malpractice and Compensation in France: PartI: the French Rules of Medical Liability since Patients' Rights Law of March 4, 2002.* – Chicago-Kent Law Review, 2011, Issue 3, pp 1097, 1103, 1114; Ferreira, p 58.

¹⁹⁹ Cour de Cassation, 18. March 1969, Bull.civ.II no 117. Avaldatud: Winiger (eds), p 555.

Prantsusmaal 04.03.2002. a vastuvõetud patsientide õiguste seaduse järgi on tervishoiuteenuse osutaja kohustuseks osutada kvaliteetset tervishoiuteenust vastavalt meditsiinis valitsevatele teadmistele. Tervishoiuteenuse osutajal ei ole kohustust saavutada positiivne tulemus, vaid osutada teenust sellisel tasemel, mida osutaks „hea tavaline“ arst. Vt S.D. Ferrera, (ed); R. Boscolo-Berto, G.Viel, (co-ed). *Malpractice and medical liability: European state of the art and guidelines.* Berlin: Heidelberg: Springer, 2013, p 149. Tervishoiuteenuse osutaja kohustuseks on osutada professionaalset teenust, vastavalt kaasaja meetoditele ja piisava hoolikusega. Vt B.A. Koch (ed). *Medical Liability in Europe: a comparison of selected jurisdictions.* Berlin: de Gruyter, 2011, p 77.

²⁰⁰ Winiger (eds), p 555.

paranemise tõenäosust.²⁰¹ Tuuakse välja, et kohtunik määrab kaotatud võimaluse protsentides (nt 60%) ning seejärel arvutatakse see protsent patsiendi kogukahjust.²⁰²

Sarnase lahenduse võib leida Belgia kassatsioonikohtu 1984. aasta lahendist²⁰³, kus patsient hospitaliseeriti luumurdudega haiglasse. Haiglas viibides kaebas hageja, et kips jala ümber on muutunud pruunikaks, varbad on pundunud ning valu on tugev, arst jättis aga kaebused tähelepanuta. Patsiendil kujunes gangreen ning jalg tuli amputeerida. Teise astme kohus määras, et kostjal tuleb hüvitada 80% kogu tekkinud kahjust, kuna leiti, et arst on vastutav, et patsient kaotas oma jala. Kostja argumenteeris, et võis ka nii olla, et õigeaegse ravi korral tulnuks jalg ikkagi amputeerida, kuid kassatsioonikohus ei muutnud apellatsioonikohtu otsust. Kassatsioonikohus leidis, et patsient kaotas oma võimaluse terveks saada.²⁰⁴ Arstil tuli tasuda 80% tekkinud kahjust, kuna patsiendil oli vea tegemise hetkel tõenäosus paraneda 80%.²⁰⁵

Samuti võiks kahju hüvitada lähtuvalt võimaluse kaotuse põhimõttest olukorras, kus hageja jõuab haiglasse seisundis, kus luumurru käigus on venitada saanud radiaalnärv, mille parandamise tõenäosus hoolika operatsiooni korral oleks näiteks 40%, arsti vea korral aga närvid ei taastu: närvi paranemise tõenäosus 0%. Teisisõnu, hageja on kaotanud tervenemise võimaluse tulenevalt arsti hooletust teost.²⁰⁶

Hollandi kassatsioonikohtul tuli lahendada kohtuasjas *Weaver/De Kraker* küsimus kahju tekkimisest ühekuusele lapsele (Ruth).²⁰⁷ Nimelt, perearst suunas Ruthi haiglasse, kus doktor De Kraker vaatas lapse üle, kuid ei leidnud kindlaid märke ajuverejooksust. Laps saadeti koju ning ta pidi hommikul naasma põhjalike uuringute tarbeks. Ruthi vanemad tõid ta juba samal õhtu uuesti haiglasse, kuid ka valvearst ei pidanud edasisi uuringuid vajalikuks antud hetkel. Järgmisel hommikul haiglas läbivaatamise käigus selgus, et Ruthil on tõsine ajuverejooks ning talle tehti juba samal päeval operatsioon. Vanemad väitsid, et aset olid leidnud meditsiinilised eksimused (haiglas oleksid pidanud toimuma kohesed põhjalikud uuringud, last ei oleks tohtinud haiglast koju saata) ning need eksimused põhjustasid või vähemalt

²⁰¹ Cass. Ie civ., 25.11.1997, 95-21785, RCA 1998/58. Avaldatud: G'Sell-Macrez, p 1014.

²⁰² Koch, p 211.

²⁰³ Cour de cassation, Pas 1984, I, 548, 19.01.1984. Avaldatud: Winiger (eds), p 556. Tuuakse välja, et patsiendil on põhimõtteliselt igas olukorras tõendamise koormus, kuna tulenevalt kriminaalõigusest ja Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artiklist 6 on inimene süütu niikaua, kuni pole tõendatud vastupidist. Vt Koch, p 73.

²⁰⁴ Koch, p 74.

²⁰⁵ Callens, p 121. Kahju on määratud proportsionaalselt soodsa tulemusega. 80% tuleks kahju hüvitada ka arvestades tõenäosuste vahet. $p^0 - p^n = 80\% - 0\% = 80\%$.

²⁰⁶ Vt ka TMK 28.06.2006, 2-05-2065. Mõneti erinevad faktilised asjaolud.

²⁰⁷ District Court of Amsterdam, NJ 1997, 213, 15.12.1993. Viidatud Winiger (eds), p 561.

aitasid kaasa Ruthi vigastuste tekkimisele. Arst aga väitis omakorda, et Ruthi hilinenud haiglasse vastuvõtmine ei põhjustanud talle kahju, kuna verejooks oli juba mõnda aega enne seda aset leidnud ning Ruthil oleksid tekkinud püsivad kahjustused ikkagi, hoolimata sellest, et ta oleks haiglasse päev varem vastu võetud või õige diagnoos oleks juba esimesel korral määratud. Seda kinnitasid ka eksperdid. Amsterdami ringkonnakohus leidis, et arstide süü tõttu kaotas Ruth võimaluse paremaks tervenemiseks, võrreldes olukorraga, kus ta oleks saanud õigeaegset ravi. Kohus jõudis aga järeldusele, et Ruth ei kaotanud võimalust täielikuks (100%-liseks) paranemiseks ning isegi õigeaegse ravi korral, oleks Ruthile tekkinud püsivad kahjustused. Kohus määras, et kahju tuleb hüvitada 25% ulatuses (kaotatud võimalus õigeaegse ravi korral saavutada soodsam tulemus) Ruthi kogukahjust, kuna Ruth ei olnud õigeaegselt haiglasse vastu võetud.²⁰⁸

Eesti kohtupraktikast võime leida mõneti sarnaste asjaoludega kohtuasja.²⁰⁹ Nimelt hagejate isa (ka abikaasa) kukkus trepil ning tal tekkis küünarliigese piirkonda põrutushaav. Seejärel käis kannatanu haiglas erakorralise meditsiini osakonnas kahel korral, tema abikaasa võttis kiirabiga ühendust ka telefoni teel, millest esimesel korral ei peetud vajalikuks kiirabi saata, teisel korral kannatanu hospitaliseeriti. Haiglas olles kannatanu suri. Oli tõendatud, et esines diagnoosi- ja ravivigu. Antud kohtuasi lõpetati aga nõude aegumise tõttu.²¹⁰ Kohtuasjas nõudsid hagejad varalise ja mittevaralise kahju hüvitamist haiglatelt, kus varaliseks kahjuks väideti olevat majanduslike võimaluste kaotus (isa tegi laste ja majapidamise kasuks igakuiseid kulutusi). Mittevaraline kahju seisnes hagejatel kannatanu piinade nägemises.²¹¹ Antud kohtuasjas oleks võib olla tõusetunud küsimus põhjuslikust seosest, sest kannatanu eelnev kukkumine asetaski juba ebasoodsasse olukorda ning seda juhul, kui hagejad oleksid nõude õigesti formuleerinud (nõudnud tervishoiuteenuse lepingu alusel kahju hüvitamist kannatanule, mitte endile²¹²). Kui arstid oleksid tegutsenud vastavalt kehtivale standardile, ei oleks kannatanu kaotanud paranemise võimalust.

Tekib küsimus, kas eesti õigus võimaldaks kaotatud võimaluse alusel kahju hüvitamist. Eesti põhiseaduse § 25 sätestab, et igaühel on õigus talle õigusvastaselt tekitatud moraalse ja materiaalse kahju hüvitamisele. Õigus kahju hüvitamisele on üks põhiõigustest ning põhiseadus täpsustab, et hüvitamisele kuulub nii moraalne kui ka materiaalne kahju, kuidas

²⁰⁸ Winiger (eds), pp 561-562.

²⁰⁹ TlnRK 14.05.2010, 2-09-9677.

²¹⁰ Samuti toob ringkonnakohus välja, et hagejad on nõude esitanud iseenda kahju hüvitamiseks, mitte kannatanu kahju hüvitamiseks haigla poolt. Vt TlnRK 14.05.2010, 2-09-9677, p 12.

²¹¹ Vt *ibid*, p 2-3.

²¹² Vt *ibid*, p 12.

kahju väljaselgitamine ja hüvitamine käib, seda pole aga selgitatud ning see pole ka põhiseaduse ülesanne.²¹³ Tegemist on subjektiivne õigusega²¹⁴ ning õigusliku vabadusega, mistõttu peab kehtiv kord tagama, et selle õiguse realiseerimiseks puuduvad õiguslikud takistused.²¹⁵ Seega on riigi ülesandeks luua kannatanule materiaalsoiguslikud alused rikkumise heastamise taotlemiseks.²¹⁶ Samuti on kahju hüvitamise õigus kohustav kõigi kahju tekitajate suhtes, see kehtib nõuetes nii avaliku võimu kandja kui ka eraisiku vastu.

Põhiseaduse § 25 mõttes on õigusvastane tegu nii lepingu rikkumine kui ka kahju õigusvastane tekitamine.²¹⁷ Lepinguõiguses loetakse kahjustavaks teoks lepingu rikkumist, deliktiõiguses loetakse kahjustavaks teoks VÕS § 1045 lg-ga 1 hõlmatud asjaolu. VÕS § 127 mõtte järgi ei kuulu hüvitamisele kõik rikkumise võimalikud tagajärjed, vaid need, mida isikul oli kohustus vältida.²¹⁸ Hüvitatava kahju liigid määrab kindlaks VÕS § 128, mille lg 1 sätestab, et hüvitamisele kuuluv kahju võib olla varaline või mittevaraline. Antud paragrahvi lg 2 sätestab, et varaline kahju on „eelkõige“ otsene varaline kahju ja saamata jäänud tulu.

Tõusetub küsimus, kas võimaluse kaotus võib tähendada saamata jäänud tulu hüvitamist. 20. sajandi alguse Inglismaa kohtupraktikast pärineb kohtuasi *Chaplin v. Hicks*, kus kostja kutsus näitlejaid osalema konkursil, millega pakuti võitjale töölepingut, ning võitjad valiti mitmes etapis.²¹⁹ Kostja avaldas kandideerinud näitlejannade fotod ajalehes ning enim lugejate hääli saanud näitlejannadega korraldas kostja kokkusaamise, kelle hulgast ta valis omakorda võitjad. Hageja hääletati ajalehes ilmunud fotode põhjal kaunimate näitlejannade hulka, kuid ta ei saanud kätte oma kutset kokkusaamisele kostjaga, enne kui oli juba hilja sellel osaleda. Hageja esitas nõude kohtusse lepingulisel alusel, et kostja ei andnud talle piisavat võimalust ennast kostjale esitleda. Kohus mõistis hagejale 25% kahjuhüvitis, sellest, mis ta oleks saanud, kui ta oleks võitnud, kuna tema võitmise võimalus oli 25%. Tundub, et justkui oleks hagejale hüvitatud saamata jäänud tulu.

Lähemal analüüsimisel selgub, et saamata jäänud tulu ja võimaluse kaotusel on sarnasusi, eelkõige on mõlema näol tegemist oletusliku tuluga, mida kohtul on võimalik hinnata vaid

²¹³ Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 2012, lk 95, II ptk, sissejuhatus/1.1.

²¹⁴ *Ibid*, sissejuhatus/2.1.2.

²¹⁵ *Ibid*, sissejuhatus/2.2.2; 2.2.4.

²¹⁶ *Ibid*, II ptk, § 25/1.1.

²¹⁷ *Ibid*. II ptk, § 25/1.4.

²¹⁸ Varul jt (koost), lk 489.

²¹⁹ *Chaplin v Hicks* (1911) 2 KB 786. Avaldatud: Reece, p 188. Vt ka D.A. Fischer. Tort Recovery for Loss of a Chance. – Wake Forest Law Review, 2001, p 608.

ligilähedaselt. Mõlema hindamisel võetakse arvesse ka tõenäosust, millises suurus oleks tulu saadud.²²⁰ Lisaks tuleb mõlemal juhul hagejal tõendada, et tal oli kavatsus ja võimalus tulu saada.²²¹ Ollakse aga arvamisel, et võimaluse kaotuse hüvitamisel ei ole tegemist saamata jäänud tulu hüvitamisega ehk sellise kahju tekkimisega, mille korral on kahju tegelikult saamise tõenäosus absoluutne.²²² Teisisõnu, tehakse vahet olukorral, kus kasu saamine on üksnes hüpoteetiline ja sõltub veel mitmetest asjaoludest (nt kohtuasjas *Chaplin v. Hicks*), ja olukorral, kus saamata jäänud tulu on üsna kindel.

VÕS § 128 lg 4 sätestab, et saamata jäänud tulu „võib seisneda ka kasu saamise võimaluse kaotamises.“ *Loss of chance* võib seisneda kasu saamise võimaluse kaotuses (vt nt *Chaplin v. Hicks*), aga ka võimaluses tulevikus kahju vältida (nt teatud juhtudel professionaalne nõustamisteenus, õigusabiteenus). VÕS § 128 lg 4 ei näe sõnaselgelt ette, et saamata jäänud tulu võib seisneda võimaluses tulevikus kahju vältida. Seega pooldab käesoleva magistratöö autor seisukohta, mil võimaluse kaotuse kahju hüvitamise näol ei ole tegemist saamata jäänud tulu hüvitamisega, kuna selle põhimõtte järgi on kasu saamine või kahju vältimine veelgi hüpoteetilisem, kui saamata jäänud tulu.

Euroopa Liidu kohtupraktikast nähtub, et võimaluse kaotuse hüvitamisega on tegemist varalise kahju hüvitamisega.²²³ Ka eesti õiguses võiks võimaluse kaotusega tekkinud kahju kuuluda varalise kahju hulka ning seda võimaldaks VÕS § 128 lg 2 lahtine sõnastus („eelkõige“) koosmõjus VÕS § 127 lg-ga 2, mille järgi kuulub hüvitamisele kahju, mille ärahoidmine oli kohustuse eesmärgiks. See võimaldab hüvitada ka *loss of chance* kahju, mis seisneb võimaluse kaotuses tulevikus kahju vältida.

Kui võimaluse kaotus tekib tervisekahjustusest või kehavigastusest, võimaldab sellise kahju hüvitamist VÕS § 130 lg 1, mille kohaselt „tuleb kahjustatud isikule hüvitada kahjustamisest tekkinud kulud, sealhulgas vajaduste suurenemisest tekkinud kulud, ning täielikust või osalisest töövõimetusel tekkinud kahju, sealhulgas sissetulekute vähenemisest ja edasiste majanduslike võimaluste halvenemisest tekkinud kahju.“ See säte täpsustab tervisekahjustuse tekitamise tagajärjel hüvitamisele kuuluvat varalist kahju, mis hõlmab nii otsest varalist kahju kui ka saamata jäänud tulu.²²⁴ Sätte sõnastus ei ole aga lahtine, mistõttu jääb küsitavaks, kas

²²⁰ RK 3-2-1-56-02, p 21.

²²¹ Vt RKTko 3-2-1-55-11 p 12; RKTko 3-2-1-60-09 p 14.

²²² EKo nr C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*, kohtujurist P.C.Villalon ettepanek, p 65.

²²³ *Ibid*, p 40, 56.

²²⁴ Vt Varul jt (koost), lk 459.

hüvitatava kahju hulka mahub ka midagi muud kui otsene varaline kahju ja saamata jäänud tulu.

Eelnevalt selgus, et võimaluse kaotuse kahju hüvitamiseks tuleb esiteks ära näidata eksisteerinud mõistlik või tõsine võimalus tulevikus kasu saada või vältida kahjulikku tagajärge, kusjuures võimalus ei tohi olla üksnes hüpoteetiline. Teiseks, tuleb näidata, et selline võimalus kindlalt kaotati, st võimalus hävis, ning seda just kostja käitumise tagajärjena. Nähtub, et võimaluse kaotuse põhimõttel tekkinud kahju korral võib olla tegemist varalise kahjuga ning selle hüvitamise aluseks võiks tinglikult lugeda VÕS § 127 lg-t 2 koosmõjus VÕS § 128 lg-ga 2. Kuna VÕS sätestab § 138 lg-s 1 ebakindla kausaalseose jaoks kahju hüvitamise põhimõtte mitme ohtlikult käitunud isikute juhtumitel, võiks seadusandja seda teha ka võimaluse kaotuse jaoks. Näiteks võiks täiendada VÕS §-ga 138¹ „Kahju hüvitamine võimaluse kaotuse korral. Kui kahju seisneb kasu saamise või kahju vältimise võimaluse kaotuses, võib nõuda kahju hüvitamist kaotatud võimaluse eest, kusjuures sellel peab olema mõistlik võimalus realiseerumiseks.“

2.4.2. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine õigusabiteenuse osutamise juhtudel

Nii nagu ka arstide vastutuse korral, on ka advokaadi vastutuse korral kõige varasemalt võimaluse kaotuse põhimõtet rakendanud Prantsusmaa kõrgeim kohus. Juba 17. juuli 1889. aastal määras *Cour de Cassation* esimest korda kahju hüvitise võimaluse kaotusele tuginedes, kui advokaadi hooletuse tõttu jäi kohtuasi algamata.²²⁵

Õiguskirjanduses käsitletakse tihti seoses võimaluse kaotusega Inglismaa kohtuasja *Kitchen v. RAF Association*.²²⁶ Antud asjas ei esitanud advokaat aegumistähtaaja jooksul nõuet ning hageja kaotas seeläbi võimaluse nõuda kohtu kaudu kahju hüvitamist.²²⁷ Olgu märgitud, et tegemist oli nõudega lepingulisel alusel. Hageja abikaasa suri kodus elektrilöögi tagajärjel ning hageja pöördus oma abikaasa tööandja poole (Royal Air Force), et viimane esitaks nõude kohaliku elektriettevõtte vastu, kes oli hooletult majas elektritöid teinud. Royal Air Force suunas nõude oma advokaadile, kes aga ei esitanud nõuet elektriettevõtte vastu ettenähtu aegumisperioodi jooksul. Seega kaotas hageja võimaluse saada kahju hüvitamist kohalikult elektriettevõtjalt. Kohtuasjas oli selge, et advokaat oli olnud hooletu.

²²⁵ Ferreira, p 58; Winiger (eds), p 1084, fn 31.

²²⁶ *Kitchen v RAF Association*. 1958, 1 WLR 563. Avaldatud: Reece, p 190.

²²⁷ H. Reece toob välja, et kliendil on õigus esitada advokaadi vastu nõue nii lepingulisel kui ka lepinguvälisel alusel. Reece, p 190.

Advokaadid tõid kohtuasjas *Kitchen v RAF Association* välja, et hagejal oli küll nõue elektriettevõtja vastu, kuid võib olla tema nõuet poleks rahuldatud. Teisisõnu, ei ole teada, kuidas oleks lõppenud hagi elektriettevõtja vastu. Kohus mõistis hagejale kahju hüvitise märkimisväärse võimaluse kaotuse eest. Kohus toob välja, et hageja ülesanne on ära näidata, et tal oli võimalus esitada selline kahju hüvitamise nõue ning oli mingisugune edu võimalus. Tuuakse välja, et niikaua kui kohus ei ole veendunud, et hageja oleks kindlalt esialgse kohtuasja kaotanud, st talle poleks kahju hüvitatud, niikaua tuleb välja mõista mingisugune kahjuhüvitis. Apellatsioonikohus mõistis hagejale kahju hüvitisena 2/3 esialgse hagi nõudest, kuna leiti, et nõude edukuse tõenäosus oli just nii suur.²²⁸

Üks kohtunikest (Lord Evershed) viitab eelnimetatud kohtuasjas, et on üsna võimatu lahendada hagi teise hagi raames.²²⁹ Just selline tahtmine võib tekkida hagejal, kui on tegemist advokaadi hooletusest hagi esitamata jätmisega. Ollakse seisukohal, et ei saa langetada kindlalt otsust esialgse hagi kohta, kuna otsust mõjutab ka ettearvamatu inimfaktor, näiteks kohtunike meeleolu, advokaatide nutikus, tunnistajate mälu jne.²³⁰

Ka Hollandi kassatsioonikohus tunnistab ühe alternatiivina kohtupidamisele kohtupidamise sees võimalust kasutada *loss of chance* põhimõtet, kus kaotatud võimalus seisneb hageja võimaluses paremaks tulemuseks apellatsiooniastmes.²³¹ Tuues välja, et ka sel juhul tuleb mõlemal poolel esitada kõik tõendid, mis nad oleksid esitanud apellatsioonimenetluses, mis jäi advokaadi hooletuse tõttu ära.²³² Riikides, kus kahju on mõistetud välja lähtuvalt kaotatud võimaluse põhimõttest²³³, ollakse üldjuhul seda meelt, et kahju hüvitamise jagunemiseks hageja ja advokaadi vahel tuleb kindlaks määrata kohtusse esitamata jäänud nõude rahuldamise tõenäosus. Ulatuses, milles nõue ei oleks rahuldatud, jäävad kahjud hageja kanda, ning ulatuses, milles nõue oleks rahuldatud, jäävad kahjud advokaadi kanda.²³⁴

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Lord Evershed mõttekäik „quite impossible to try the action within the action“. Avaldatud: Reece, p 197.

²³⁰ Reece, p 192.

²³¹ Tuuakse välja, et *loss of chance* põhimõte võib tuleneda Hollandi tsiviilkoodeksi (Burgerlijk Wetboek) artiklitest 6:97 ja 6:105, millest esimene sätestab, et kui kahju ei ole võimalik kindlalt määrata, siis tuleb tekkinud kahju hinnata. See võibki tähendada, et hagi edukuse tõenäosust saab hinnata protsentides. Teine artikkel sätestab, et tulevikus aset leidva kahju suuruse võib kindlaks määrata erinevate võimaluste edukuste tõenäosusi kaaludes. Vt ka Winiger (eds), p 563;

Dutch Civil Code <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> (14.03.2015)

²³² Hollandi kassatsioonikohus *Hoge Raad* 24.10.1997, NJ 1998, 257 Baijings/H. Avaldatud: Winiger (eds), pp 562-564

²³³ Põhimõtet pooldavad näiteks Prantsusmaa, Itaalia, Portugal, Hispaania, Holland. Vt Winiger (eds), p 589, fn 114.

²³⁴ Winiger (eds), p 589.

Järgnevalt aga hüpoteetiline näide, kus esmapilgul tundub, et kohustuse rikkumine ei toonudki kaasa kahju, kuid täpsemal uurimisel tõusetub nii mõnigi küsimus. Hagejal on sõlmitud advokaadiga leping ning advokaat ei esita nõuet õigeaegselt kohtule, rikub lepingulist kohustust. Näiteks tuleb hagejal tasuda trahv 100 eurot ning ta sõlmib lepingu advokaadiga trahvi vaidlustamiseks. Advokaat ei esita valet kohtule õigeaegselt ning kohtumenetlus jääb olemata. Samas oletame, et advokaat oleks nõude esitanud õigeaegselt kohtule ning kohus oleks kolmes astmes jätnud õiguse kostjale, hageja ei oleks vabanenud trahvi maksmisest.

Advokaat on küll käsunduslepingut rikkunud, kuid diferentsihüpoteesi alusel tundub, et hagejale ei ole kahju tekkinud (v.a advokaadile makstav tasu) tulenevalt advokaadi teost. Trahv tuleb tasuda lähtuvalt hageja enda eksimusest. Samas võib tekkida küsimus, kas kohtumenetluse kui protsessi toimumata jäämine võib olla hageja kahjuks.²³⁵

Kohtuasjas, mida arutas Hispaania kõrgeim kohus, soovis töötaja pöörduda nõudega oma tööandja vastu töötingimuste muutmise vaidluses, kuid töötajat esindav advokaat ei esitanud töötaja nõuet kohtule ettenähtud aja jooksul.²³⁶ Sellisel juhul kompenseeriti hagejale protseduuriliste võimaluste kaotus mitte-varalise kahjuhüvitise näol. Sellise kahju ulatust hindab kohus vabalt ning ei pea arvesse võtma esitamata jäänud kohtuasja edukuse tõenäosust.²³⁷

EIK on kasutanud võimaluse kaotuse hüvitamist olukorras, kus isikule ei ole antud võimalust pidada õiglast kohtumenetlust, eelkõige põhjusel, et kohtul ei ole võimalik kindlaks määrata, kuidas oleks esialgne kohtotsus lahendatud. Tuuakse välja, et sellises olukorras on kohus määranud üldise kahjuhüvitise, mis hõlmab nii varalist kui ka mittevaralist kahju, kuna kaotatud võimalust on raske hinnata.²³⁸

²³⁵ Seda enam, et kohtuprotsessi pidamine seondub põhiseadusliku õigusega, põhiseadus §-ga 15. Iseenesest tundub küll üsna kentsakas, miks peaks hageja tahtma kohtuprotsessi pidada, kui on ette teada, et vastaspoolele jääb õigus. Seda võib põhjendada nt asjaoluga, et hagejad soovivad läbida kohtumenetluse, et saada teada pretsedenti antud asjas. Selline teadmine võib hagejale tulla kasuks seose mõne teise vaidlusega kohtus.

²³⁶ Tribunal Supremo, RJ 2004, 5121, 09.07.2004. Avaldatud: Winiger (eds), p 568.

²³⁷ Winiger (eds), pp 568-569.

²³⁸ Fenyves 2011, p 484. EIK kasutab mõistet „*loss of opportunity*“. Vt ka EIK 14.12.1999, 34791/97, *Khalfauoui v. France*, p 58; EIK 19.07.2007, 71440/01, *Freitag v Germany*, p 64.

Eesti Riigikohtus on arutanud advokaadi vastutust kohtuasjas MAQS Law Firm Advokaadibüroo OÜ vastu.²³⁹ Hageja sõlmis nimetatud advokaadibürooga käsunduslepingu, millega advokaadibüroo (kostja) kohustus osutama kliendile õigusabiteenuseid, sh esitama apellatsioonkaebuse kliendi nimel. Kostja esitas hageja soovitud kaebuse ringkonnakohtule hilinenult, mistõttu ringkonnakohus ei võtnud kostja apellatsioonkaebust vastu tähtaja möödumise tõttu. Hageja esitas kostja vastu kahju hüvitamise nõude, kuna hageja jäi ilma võimalusest apellatsioonmenetluse käigus sisse nõuda Viimsi Vallavalitsuselt 995 340 krooni suurune kahju. Riigikohus sedastas, et pooled vaidlevad kassatsiooniastmes küsimuse üle, kas hagejale tekkis kahju.

Riigikohus märgib, et „Ringkonnakohus on õigesti leidnud, et maakohtul tuli hinnata, milline oleks võinud olla vaidluse lahendamise perspektiiv halduskohtumenetluses pärast halduskohtu otsust.“²⁴⁰ Sellega annab Riigikohus mõista, et tuleb läbi viia tõenäosuslik või hüpoteetiline hindamine, ehk hinnata vaidluse perspektiivi ja lõpplahendust. Edasi märgib Riigikohus, et „Kui maakohus jõuab asja uuel läbivaatamisel järeldusele, et hageja kaotas aiamaja juurde kuulunud maa erastamisõiguse ja kinnisasja, siis tuleb kohtul kõiki asjaolusid ja esitatud tõendeid hinnates teha järeldus, kas ja millises ulatuses tuleks hageja nõue rahuldada.“²⁴¹

Võimaluse kaotuse põhimõtte rakendamiseks tuleks tuvastada, kas hageja kaotas võimaluse erastada maa. Selleks tuleks maakohtul hinnata, kui suur oli tõenäosus hageja erastamisõiguse tunnustamiseks (mis selgunuks kohtuvaidlus käigus). Esiteks tuleks kohtul tuvastada, et hagejal oli võimalus, et tema nõuet tunnustatakse. Kohtul tuleks välja selgitada, missuguse tõenäosusega oleks hagejal õnnestunud erastamisõigus saavutada kohtumenetluses. Teiseks tuleks tuvastada, et hageja kaotas selle võimaluse kostja teo tõttu, mis ei tohiks raskusi enam valmistada, sest ärajäänud kohtumenetluse tõttu ei ole hagejal enam võimalik muud moodi oma väidetavaid õigusi kaitsta. Teisisõnu, tõenäosus saada erastamisõigus on kahanenud nullini ning seega on hageja kaotanud võimaluse, mis tuleks hüvitada.

Omaette on küsimus, kas kohus seadnuks ka mingisuguse künnise võimaluse kaotusele. Näiteks, kui kohus oleks leidnud, et hageja oleks saavutanud erastamisõiguse saamise ainult 10% tõenäosusega, kas siis selline kaotus kuuluks ka hüvitamisele.

²³⁹ RKTko 3-2-1-175-12.

²⁴⁰ *Ibid*, p 10.

²⁴¹ *Ibid*, p 16.

Nimetatud kaasuse korral ei ole Riigikohus aga lähtunud võimaluse kaotuse põhimõttest kahjuhüvitise määramisel. Ei ole aga selge, kas Riigikohus pidas silmas, et kinnistu ja selle juurde kuulunud maa erastamise võimaluse kaotus tuleb tuvastada lähtuvalt CSQN põhimõttest (kuna maakohus pidi hindama, kas hageja kaotas maa erastamisõiguse) või võib seda teha ka lähtuvalt võimaluse kaotuse põhimõttest. Samuti võis Riigikohus silmas pidada tõendamise koormuse ümberjagamist hageja kasuks.

2.4.3. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine avalik-õiguslikes suhetes tekkinud vaidluste korral

Euroopa Kohtu kohtujuristi ettepanek kohtuasjas C-611/12 toob välja, et seni on võimaluse kaotamise mõistet arendatud Euroopa Kohtu praktikas teatud hallil ala ning tegemist on ettevaatliku ja peamiselt valdkonnapõhise edasiminekinga. Tuuakse välja, et Euroopa Kohus on seda formaalselt tunnustanud liidu avaliku teenistuse kohtuvaidlustes ja ka kitsendavalt avalike hangete kohtuvaidlustes.²⁴² Selline seisukoht ei ole aga veel liidu tsiviilvastutusõigusele üldiselt laienenud.²⁴³ Ta lisab, et tegemist on paljudes liikmesriikides olemasoleva kategooriaga ning seega kuulub „liikmesriikide seaduste ühiste üldprintsipiide“ hulka, nagu nõuab ELTL artikli 340 lõige 2.²⁴⁴

Kohtujurist toob välja, et alates kohtuotsusest komisjon vs Girardot²⁴⁵ on Euroopa Kohus toetanud praktikat, mille alusel on võimaluse kaotamine hüvitatav kui „tegelik ja kindel“ kahju, eeskätt avaliku teenistuse kohtuvaidluses (seega ELTL artikli 270 alusel).

Kohtuasjas *Girardot* oli tegemist ajutise teenistujana tööle võetud isikuga, kes jäeti reservnimekirja sisekonkursist välja (nimekiri, mille alusel võidakse ametnik nimetada alalisele ametikohale), kuna kohustuslikud nõuded ei olnud täidetud. Hiljem kandideeris M.-C. Girardot mitmele ametikohale samas institutsioonis, mille valikumenetlusest ta välja jäeti, sest ta ei kuulunud koosseisulise personali hulka. Kui M.-C. Girardot oleks aga läbinud reservnimekirja sisekonkursi, oleks ta kuulunud koosseisulise personali hulka ning ta oleks täitnud tingimused selleks, et kandideerida teistel konkursidel.²⁴⁶

²⁴² EKo 14.10.2014, C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*, kohtujurist P.C.Villalon ettepanek, p 40.

²⁴³ *Ibid*, p 56.

²⁴⁴ *Ibid*, p 62.

²⁴⁵ Vt ka EKo 31.03.2004, C 348/06 P, *komisjon vs Girardot*.

²⁴⁶ *Ibid*, p 10-13.

Euroopa Kohtu Üldkohus aga tuvastas, et M.-C. Girardot esimene väljajätmine (reservnimekirja sisekonkursist) oli ebaõige ning leidis, et nimetatud õigusvastase väljajätmisega oli M.-C. Girardot jäetud ilma võimalusest kandideerida edasistel konkursidel.²⁴⁷ M.-C. Girardot oli kandideerinud üheksale teisele ametikohale ning seega oli ta jäetud ilma tõsisest võimalusest saada üks nendest töökohtadest.

Euroopa Kohus ütleb, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt eeldab ühenduse õigus, et ametniku esitatud kahju hüvitamise nõude raames esineksid koos 1) etteheidetava tegevuse õigusvastasus, 2) kahju tegelik tekkimine ja 3) põhjusliku seose olemasolu tegevuse ja väidetava kahju vahel.²⁴⁸ Euroopa Kohus kinnitab, et M.-C. Girardot kaotas kindlasti ja pöördumatult võimaluse saada tööle alalisele ametikohale ning sellise võimaluse kaotamine kujutab endast kahju, mis on M.-C. Girardot jaoks tegelik ja kindel.²⁴⁹

Kahju hüvitamise ulatuse kindlaksmääramise kohta kinnitab Euroopa Kohus Üldkohtu seisukohta, et esiteks tuleb kindlaks teha M.-C. Girardot töötasu kaotus, määrates kindlaks erinevus M.-C. Girardot töötasu vahel, mida talle oleks makstud töölesaamise korral ning õigusrikkumiste tagajärjel tegelikult saadava töötasu vahel. Teiseks, tuleb hinnata protsentuaalselt tema töölesaamise võimalust, et kaaluda selliselt arvutatud töötasu kaotust.²⁵⁰ Üldkohus võttis arvesse, et M.-C. Girardot'l oli arvestatav võimalus (*strong chance*, ingl k) saada vähemalt üks ametikohtadest, sest tal oli märkimisväärne varasem töökogemus komisjonis, tema teened olid hinnatud ning tema kvalifikatsioon ja kõnealuste ametikohtade kirjeldused olid piisaval määral vastavuses.²⁵¹

M.-C. Girardot ametisse nimetamise tõenäosuse kindlaks määramisel võttis Üldkohus arvesse ka teise inimeste kandidatuuri ning komisjoni võimalust, M.-C. Girardot ametisse mitte nimetada, samuti konkursi pikendamise võimalust ning M.-C. Girardot võimalust kandideerida veel teistelegi ametikohtadele.²⁵² Üldkohus kohaldas seetõttu saamata jäänud töötasu summale *ex aequo et bono* kordajat 0,5.²⁵³ Euroopa Kohus toob välja, et kantud kahju ei saa samastada töölesaamise võimaluse realiseerumise korral saadava töötasuga, sest M.-C. Girardot'l puudus igasugune õigus töölevõtmisel, arvestades komisjonile vastavas valdkonnas

²⁴⁷ Vt ka EÜKo 31.03.2004, T-10/02, *Girardot vs. komisjon*.

²⁴⁸ Vt EKo 21.02.2008, C 348/06 P, *komisjon vs Girardot*, p 52.

²⁴⁹ *Ibid*, p 55. Vt ka EÜKo 16.12.1993, T-20/89, *Moritz vs. komisjon*. „Kindla“ kahju kohta vt EKo 09.11.2006, C 243/05 P, *Agraz jt vs komisjon*.

²⁵⁰ EKo 21.02.2008, C 348/06 P, *komisjon vs Girardot*, p 24, 62.

²⁵¹ *Ibid*, p 28.

²⁵² *Ibid*.

²⁵³ *Ibid*, p 29.

kuuluvat kaalutusõigust. Nii ei saa kahjusumma, mille hüvitamisele asjaomasel isikul on õigus, vastata õiguse kaotamise tagajärjel saamata jäänud tasule.²⁵⁴ Esimese Astme Kohtule kuulub kaalutlusruum selle summa kindlaksmääramisel kasutatava meetodi valikul.²⁵⁵

Sarnast argumentatsiooniliini võib täheldada EL avalike hangete alases kohtupraktikas. Esile kerkivad eelkõige juhud, kus pakkuja on õigusvastaselt liidu institutsiooni poolt välja kuulutatud avalikust hankest välja jäetud ning võib olla võimatu pakkumismenetlust uuesti algatada.²⁵⁶ Sellisel juhul on Euroopa Kohus tunnistanud, et välja jäetud pakkujal on õigus nõuda hankelingu sõlmimise võimaluse kaotamisele vastavat hüvitist.²⁵⁷

Tekitab küsimus, kas *loss of chance* oleks hüvitatav ka hangetega seotud vaidlustes, kui hange ei osutu edukaks komisjoni tehtud vea tõttu.²⁵⁸ Üldiselt nõuab kohus, et tekkinud kahju oleks kindel ja tegelik (*actual and certain*, ingl k).²⁵⁹ *Evropaiki Dynamiki v EIB* otsusega tegi kohus esmakordselt vahet, saamata jäänud tulu ja kaotatud võimalusel.²⁶⁰ EIB hankis IT-süsteemi hooldust. Kohus märkis, et juhul kui hanget ei ole võimalik uuesti avada, siis on hankijal võimalik oma õigusi kaitsta saamata jäänud tulu nõudega või alternatiivselt võimaluse kaotuse nõudega.²⁶¹ Antud juhul kohus siiski *loss of chance* nõuet ei arutanud, kuna seda polnud kaebuses selgelt välja toodud. Tuuakse välja, et kui selline kahju nõuete eristamine jääb püsima, siis muutub hankijast kahju kannatanul märkimisväärselt lihtsamaks näidata kahju tekkimist.²⁶²

2.4.4. Võimaluse kaotuse põhimõtte kohaldamine muude tsiviilõiguslike vaidluste korral

Võimaluse kaotuse põhimõttel kahju hüvitamise võib seonduda ka teatud karjääriootustega. Näiteks, kui kostja teo läbi saab vigastada edukas sportlane, keda ootab ees peatselt saabuv võistlus ning sellega kaasnevad auhinnarahad. Samuti näiteks üliõpilase pikaaegne unistus teha teatud valdkonnas karjääri, kui ta on õppinud pikki aastaid.

²⁵⁴ *Ibid*, p 65.

²⁵⁵ *Ibid*, p 61.

²⁵⁶ EKo 14.10.2014, C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*, kohtujurist P.C.Villalon ettepanek, p 55.

²⁵⁷ *Ibid*. Vt ka EÜKo 20.09.2011, T-461/08, *Evropaiki Dynamiki vs. EIP*, p 66.

²⁵⁸ S.L. Kaleda. Claims for damages in EU procurement and effective protection of individual rights. – *European Law Review*, 2014, 39(2), p 201.

²⁵⁹ *Ibid*.

²⁶⁰ Kaleda, p 203. Inglise keeles *claim for loss of chance* ja *claim for lost profit*.

²⁶¹ *Ibid*. Vt ka EÜKo 20.09.2011, T-461/08, *Evropaiki Dynamiki vs. EIP*, p 66-67.

²⁶² Kaleda, p 203.

Prantsusmaa kassatsioonikohus lahendas juhtumi, kus 19-aastane autoavariis kannatanu soovis kostjalt kahju hüvitamist, kuna ta kaotas edaspidise võimaluse teha karjääri farmatseudina.²⁶³ Prantsusmaa kassatsioonikohus keeldus sellise kahju hüvitamisest, sest tegemist on kahjuga, mis võib tekkida ning võib ka mitte tekkida. Kuna hageja oli läbi kukkunud ka bakalaureuseõppes, siis tema karjäär farmatseudina on hüpoteetiline, ning ta ei olnud alustanud veel õpinguid, mis võimaldaksid tal farmatseudina töötada.²⁶⁴ Kohus toob siin välja *loss of chance* doktriini rakendamise ühe nõudena, et kahju, mis kannatanul tekib, peab olema pigem reaalne kui hüpoteetiline. Selgub, et antud juhul leidis kohus, et võimalus liiga hüpoteetiline arvestades selle realiseerumist. Kohus annab siiski võimaluse kaotuse siduda karjääriga, kuid selleks peavad õpingud vastavaks elukutseks olema lõppjärgus.²⁶⁵

Karjääriootused ei pruugi olla seotud ainult õpingutega, tegemist võib olla ka ettevõtte konkursiga teatud ametikohtade täitmisel. Itaalia kõrgeimal kohtul tuli lahendada töötaja kahju hüvitamise nõue endise tööandja vastu.²⁶⁶ Töötaja kandideeris tööle ettevõttesse Ente Nazionale per l'Anergia Elettrica (E.N.E.L.). Käimas oli parajasti kaks paralleelset konkurssi, kus kandidaatidel tuli läbida kaks vooru – suuline ja kirjalik. Kandidaat kandideeris mõlemale positsioonile, ühele positsioonile võeti ta juba tööle ning paar päeva hiljem tema töölevõtmist, selgus, et ta oli ka teisel konkursil läbinud kirjaliku vooru. Suulises voorus E.N.E.L. aga töötajal enam osaleda ei lubanud, kuna ta oli teisele positsioonile tööle võetud. Kuu aja pärast esitas töötaja lahkumisavalduse seoses talle määratud tööga ja töökoha kaugusega kodust.²⁶⁷

Töötaja nõudis ettevõttelt kahju hüvitamist seose sellega, et tal ei lubatud osaleda teise tööpositsiooni edasisel kandideerimisel ehk suulises voorus, teisisõnu jäi töötaja ilma võimalusest saavutada soovitud tulemus. Sellise keelava tegevuse näol oli tegemist kollektiivlepingu rikkumisega. Itaalia kassatsioonikohus kinnitas, et võimalus või tõenäosus midagi saavutada, kuulub inimese kaitstavate huvide hulka ning on majandusliku väärtusega. Võimalus ise peab olema tõene ja reaalselt eksisteeriv.²⁶⁸

Euroopa Kohus ei ole tunnistanud veel tsiviilõiguslikes vaidlustes *loss of chance* põhimõtte kasutamist, kuigi selleks on hiljuti olnud võimalus. Euroopa Kohtu otsuses *Giordano vs*

²⁶³ Prantsusmaa kõrgeim kohus *Cour de Cassation* 12.05.1966 (Bull.civ. II.no.564). Avaldatud: Winiger (eds), p 556.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Itaalia kõrgeim kohus *Corte di Cassazione*, 19.12.1985, no 6506. Avaldatud: Winiger (eds), p 564.

²⁶⁷ *Ibid.*, p 564.

²⁶⁸ Käesoleval juhul suuliseleksamile kutsuti 91 kandidaati ning 24 nendest ei sooritanud positiivset tulemust suulises voorus. Vt Winiger jt (2010), p 565.

komisjonoli tegemist „Janvier Giordano“ kalapüügilaevaga, mis sõitis Prantsuse lipu all Vahemeres.²⁶⁹ Prantsuse põllumajandus ja kalandusminister andis nimetatud laevale 2008. aastaks tuunikala püügi loa kvoodiga 132,02 tonni. Luba võimaldas kala püüda 1. aprillist kuni 30. juunini 2008. 2. juunil 2008 alustas laev „Janvier Giordano“ Vahemere vetes püügihooaega, mis katkestati 16. juunil 2008 komisjoni määruse nr 530/2008 heaks kiitmise ja jõustumise tagajärjel, kuna selle rakendamisega tunnistati eespool nimetatud püügiluba Langedoc-Roussillon'i maakonna prefekti 16. juuni 2008. aasta otsusega kehtetuks.²⁷⁰ Giordano pöördus prefekti otsuse vastu kohtusse. Prantsuse halduskohus ja apellatsioonikohus jätsid Giordano kaebused rahuldamata argumendiga, et keelumeede tulenes komisjoni määrusest nr 530/2008, mitte prefekti otsusest.

Giordano esitas Üldkohtusse lepinguvälise vastutuse hagi. Üldkohus jättis Giordano hagi rahuldamata, kuna leidis, et Giordano ei suutnud tõendada, et talle väidetavalt tekitatud kahju on tegelik.²⁷¹ Üldkohtu hinnangul ei kaasne kalapüügi kvoodi andmisega subjektiivset õigust konkreetsele rahasummale, vaid ainult maksimaalne püüginorm saagi koguse kohta, mis ei ole mingil viisil garanteeritud. Seetõttu tuvastas Üldkohus, et täitmata jäänud kvoot, ehkki see on tingitud ametiasutuse kehtestatud keelust, ei tekitanud tegelikku ega kindlat kahju.²⁷²

Ka Riigikohus on jättnud hagejale kompensatsiooni määramata, kui hageja kaotas võimaluse kala püüda, millest omakorda tekkis väidetavalt sissetuleku kaotus.²⁷³ Nimelt jättis Ida-Viru maavalitsus hagejale tööndusliku kalapüügiloa väljastamata, kuid hiljem tunnistati keeldumine õigusvastaseks. Riigikohus leidis, et ainuüksi kalastusloa olemasolu ei tähenda, et hageja oleks ka nimetatud koguse kala püüdnud või suutnud nimetatud koguses kala müüa. Sellises olukorras saab kaaluda kahju hüvitamist võimaluse kaotuse põhimõtte alusel, kuigi kohtupraktika ei näi seda toetavat. Hagejal tuleks sel juhul tõendada, et ta tõenäoliselt püüdnuks teatud koguse kala nähtuvalt varasemast kogemusest (näiteks on olemas sama perioodi kohta eelnevatel aastatel saagi tulemus ning saab arvutada keskmise saagi), kuid nüüd on ta sellest võimalusest ilma jäetud ning seoses sellega loodetud kasust.

²⁶⁹ EKo 14.10.2014, C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*.

²⁷⁰ EKo 14.10.2014, C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*, kohtujurist P.C.Villalon ettepanek, p 10-13.

²⁷¹ *Ibid*, p 20.

²⁷² *Ibid*, p 21.

²⁷³ RK 3-2-1-90-99.

KOKKUVÕTE

Alljärgnevalt on toodud käesolevas magistritöös tehtud põhilised järeldused. Töö autor jõudis järeldusele, et võimaluse kaotuse põhimõtet kasutatakse mõnede riikide kahju hüvitamise õiguses, siis kui *conditio sine qua non* põhimõtte ei anna rahuldavat tulemust. Samuti, et Eesti õiguskord võimaldaks kasutusele võtta võimaluse kaotuse põhimõtet, eesmärgiga et tagada selgem vastutuse tuvastamine ja kahju hüvitise määramine teatud kaasusgruppide korral. Põhimõtte kasutuselevõttu võimaldaks VÕS § 127 lg 2 ja § 128 lg 2 laiendav tõlgendamine. Õiguskorra selguse huvides võiks seadusandja aga täiendada võlaõigusseadust.

Töö esimeses peatükis oli autori eesmärk uurida, missuguseid probleeme võib ette tulla CSQN põhimõtte rakendamisel ning milliseid meetodeid kasutakse nende ületamiseks. Selgus, et CSQN (ka *but-for*) kausaalsese tuvastamise põhimõtte nõuab, et kahju ja väidetavalt kahju tekitanud teo vahel oleks „kindel“ põhjuslik seos, kuigi VÕS § 127 lg 4 alusel ei tohi põhjuslikku seost liigitada otseseks või kaudseks. Euroopa Liidu kohus on välja toonud, et rikkumise ja kahju vahel peab olema otsene põhjuslik seos, kuid ütleb, et igal liikmesriigil tuleb sisemise õiguskorraga kehtestada vajalikud normid põhjusliku seose kindlaksmääramiseks ning põhjusliku seose määramise meetodid ei tohi olla nii kitsendavad, et need takistavad Euroopa Liidu õigusega sätestatud õiguste kasutamist. Samuti on Euroopa Kohus viidanud, et põhjusliku seose tuvastamisel tuleb muu hulgas arvesse võtta üksikjuhtumi erilisi asjaolusid. Teisalt nähtub, et põhjuslik seos ei pea alati olema rikkumise vahetu tagajärg, vaid see võib seisneda ka kausaalahelas, mille algatas kostja õigusvastane tegu või rikkumine. Selgus, et esimene probleemide ring tekib eelkõige, kui tuleb määratlada, missugune põhjuslik seos peab olema, et võiks järeldada, et kostja teost tingituna tekkis hagejal kahju.

Teine probleemide ring tõusetub asjaolust, et CSQN põhjusliku seose tuvastamise põhimõtte näol on tegemist retrospektiivse (*ex post*) kausaalsuse tuvastamise meetodiga, st kahju tekitanud olukord tuleb konstrueerida tagant järele. Retrospektiivse põhjusliku seose tuvastamine ei pruugi aga alati viia õigele järeldusele. Näiteks olukorras, kus puu kukub kiirust ületavale trammile. Ei saa kindlalt väita, et puu poleks trammile kukkunud, kui tramm poleks kiirust ületanud. Puu oleks võinud murduda igal ajahetkel, olenemata, kas tramm ületab kiirust või mitte. Sellises olukorras on tegemist kokkusattumusliku juhusega, kuid ainuüksi CSQN põhimõtet rakendades võib jõuda ebaõigele järeldusele.

Kolmas probleemide ring seondub asjaoluga, et CSQN põhimõte viib teatud juhtudel kannatanu ala- või ülekompenseerimisele. Kui kannatanu ei suuda vähemalt 51% tõenäosusega tõendada, et väidetava rikkuja tegu põhjustas kahju, jääb kannatanu hüvitiseta, ning vastupidi, kui kannatanu suudab tõendada, et tõenäoliselt tekitas väidetava rikkuja tegu kahju, hüvitatakse hagejale kogukahju. Käesoleva töö autor leiab, et ajalooliselt on tegemist olnud kokkuleppega ühiskonnas, sest tuli kokku leppida, et kuskilt läheb piir, millal hüvitatakse kahju ja millal mitte. Vaadates tagasi ajalukku, siis ilmselt inimesed olid rahul sellise lahendusega ning pidasid seda õiglaseks. Eelkõige aga teaduse ja tehnika arenguga on inimeste ootused muutunud. Muutunud on võib olla seegi, mida peetakse õiglaseks. Eriti ilmekalt tõusetub probleem seoses inimese elu ja tervisega. Näiteks võib tunduda ebaõiglane olukord, kus patsient saabub haiglasse ning ta on raskelt vigastatud, tema tervenemise tõenäosus on nt 40%, ning arst ei kiirustagi teda ravi, kuna kahju tekkimine (surm) ei ole tõenäoliselt tingitud arsti teos.

Neljandaks, probleemid tõusetuvad seoses sellega, et mõnes olukorras polegi võimalik tagant järele sedastada, et kahju poleks tekkinud, kui tegevusetus oleks asendatud hoolika käitumisega, nii nagu seda nõuab CSQN põhimõtte asendusmeetod. Seda seetõttu, et kahju tekkimine on sõltuv inimotsustusest. Olukorras, kus advokaat hilineb hageja nõude esitamisega kohtusse, ei saa alati kindlalt väita, kuidas oleks kohtunik hageja nõude lahendanud. Nõude lahendus sõltub siinjuures mitmest inimefaktorist, eelkõige kohtunikust endast (tema meeleolu, teadmised ja vaated jne), aga ka tunnistajate mälust, advokaadi nutikusest ja teadmistest. Seega ei saa kindlalt väita, mis oleks saanud, kui nõue oleks õigeaegselt kohtule esitatud. Samuti on ebaõiglane CSQN põhimõtet kasutamine olukordades, kus sama kahju tekkis mitme teo koosmõjus, nii et teod eraldivõetuna ei põhjusta lõpp-kahju, küll aga teevad seda koosmõjus. CSQN nõuab vajaliku tingimuse olemasolu, kus kohtul tuleks justkui valida, milline tegu on olulisem kahju tekkimise seisukohast ning selle eest vastutava isiku kanda jääb ka kahjuhüvitis.

Põhjusliku seose probleeme on teadvustatud juba ammu ning nende ületamiseks on kasutusel erinevaid meetodeid. Ameerika Ühendriikides kasutatakse piisava asjaoluga (*substantial factor*) arvestamise põhimõtet, mille kohaselt aidatakse kannatanul põhjuslikku seost tuvastada olukorras, kus *but-for* kausaalsuse nõue pole täidetud. Põhjusliku seose olemasolu sedastatakse, kui kannatanu suudab tõendada, et mõistlik inimene järelmaks, et kahju tekitaja tegu oli samuti kahju põhjuseks. Kohtupraktika käigus on välja kujunenud teatud tingimused, mis peavad olema täidetud, et rakendada piisava asjaolu põhimõtet, eelkõige peab asjaolu

andma märkimisväärse panuse kahju tekkimisse. Siit nähtub, et selline lähenemine võimaldab arvesse võtta üksikjuhtumi asjaolusid ning jätab suurema kaalutlusruumi kohtunikule asja otsustamiseks. Šveitsi kõrgeim kohus on kasutanud näiteks terminit *natural causal link* põhjusliku seose tuvastamiseks olukorras, kus CSQN põhimõtet pole võimalik rakendada.

Piisava asjaoluga arvestamise põhimõte on üsna lähedalt seotud Eest õiguses kasutusel oleva põhjusliku seose eeldamisega teatud juhtudel, kus hagejal tuleb tõendada kahju tekkimine, kostja rikkumine/õigusvastane tegu ning asjaolu, et kostja tegu võis tekitada antud kahju. Riigikohus on viidanud, et lähtuvalt hea usu põhimõttest ei saa hagejale panna liiga suurt tõendamise koormust. Sellist lahendust kasutatakse just näiteks tervishoiuteenuse osutamise lepingute korral, kus VÕS § 770 lg 4 kohaselt eeldatakse põhjuslikku seost tekkinud kahju ja ravi- või diagnoosivea vahel.

Siit nähtubki, et üheks meetodiks, mida kasutatakse põhjusliku seose tuvastamise probleemide korral, on põhjusliku seose tõendamise koormuse ümberjagamise kannatanu kasuks. Kui teatud olukordades eeldatakse põhjusliku seose olemasolu väidetava rikkumise ja tekkinud kahju vahel, siis tuleb kostjal vastutusest vabanemiseks tõendada, et kahju põhjustas mõni muu asjaolu, kui tema tegu. Sel juhul muutub aga väga keeruliseks kostja olukord, kus ta võib teatud piiratud juhtudel tugineda VÕS § 140 lg-le 1 ning taotleda kahjuhüvitise vähendamist. Käesoleva töö autor leiab, et tõendamise koormuse ümberjagamine võib jällegi viia kannatanu ülekompenseerimisele ning olla teatud juhtudel ebaõiglane kostja suhtes.

Kannatanu tõendamise koormust leevendatakse ka mitme ohtlikult käitunud isikute juhtumitel, kus öeldakse, et tekkinud kahju eest vastutavad isikud koos (VÕS § 138). Saksa õiguses kehtivad sellises olukorras kolm eeldust: 1) kaks või enam isikut on loonud riski, mis võis kahju tekitada ja see on neile õiguslikult omistatav, 2) kahju on põhjustatud kas ühe isiku või teise isiku teost ehk iga tegu võis põhjustada kogukahju, 3) võimatu on kindlaks teha, millise isiku tegu täpselt kahju põhjustas. Võiks öelda, et tegemist on olukorraga, kus keegi oleks kahju tekkimise situatsiooni kuskilt kõrgemalt pealt näinud, siis ta teaks, kelle tegu täpselt kahju põhjustas, kuid kuna seda võimalik teha ei ole, siis eeldatakse, et kõik isikud vastutavad tekkinud kahju eest. Kui üks isikutest soovib vastutusest vabaneda, tuleb tal tõendada, et tema tegu ei põhjustanud kahju, nt viibis ta kahju tekkimise ajal mõnes muus kohas, kui kahju tekkimiseks vajalik oli.

Ühe lahendusena põhjusliku seose tuvastamise probleemide korral on mitmetes riikides kasutusel võimaluse kaotuse (*loss of chance*) põhimõte, mida käsitleb magistritöö teine peatükk. Teises peatükis oli töö autori eesmärgiks leida vastus küsimusele, millised on võimaluse kaotuse põhimõtte rakendamise tingimused, kas põhimõte sobitub ka Eesti õigussüsteemi ning millistel juhtudel põhimõtet kasutatakse.

Loss of chance põhimõte võimaldab tuvastada põhjuslikku seost olukorras, kus ei saa kindlalt väita, et isiku teo kõrvaldades, ei oleks tagajärg saanud. Eelkõige olukorras, kus lõplik kahju võis kujuneda hagejast endast tuleneva asjaolu tõttu, aga ka kostja tegu suurendas oluliselt kahju tekkimise tõenäosust. Kui CSQN sätestab 51% tõenäosuse määra selleks, et siduda kostja tegu tekkinud kahjuga, siis võimaluse kaotuse korral piisab, kui hageja suudab tõendada, et ta kaotas kostja teo tõttu võimaluse kasu saada või kahju vältida.

Võimaluse kaotuse põhimõtte rakendamise tingimused võib autori arvates kokku võtta järgmiselt:

- 1) võimaluse kaotus peab olema tõsine või selle realiseerumiseks peab olema mõistlik võimalus; tegemist ei saa olla õhkõrna hüpoteetilise võimalusega;
- 2) võimalusest ilmajäämine peaks olema püsiv või lõplik; võimalus on „hävitatud“;
- 3) võimaluse kaotus ei anna õigust saada hüvitis tekkinud kogukahju eest, vaid üksnes rikkuja teost tuleneva kaotatud võimaluse eest;
- 4) võimaluse kaotust peab tõendama hageja, sh tulevast kasu vms saamata jäänud hüve.

Võrreldes erinevates Euroopa õiguskultuuri riikides *loss of chance* doktriini tunnustamist, on näha, et mõned riigid tunnustavad seda põhimõtet, nt Prantsusmaa, Itaalia, Holland, kui teised riigid pigem seda ei poolda (sh Saksamaa, Eesti). Riikides, kus on võetud kasutusele *loss of chance* põhimõte, rakendatakse seda koos CSQN põhimõttega. Näiteks terviskahju juhtumite korral, kui kaalukausil on tervenemise võimaluse kaotus, siis loetakse see võimaluse kaotus kahjuks ning kausaalseos tuleb tuvastada kaotatud võimaluse ja väidetava rikkumise/õigusvastase teo vahel. Seega ei seisne probleem enam kausaalseoses, sest selleks saab edukalt kasutada endiselt CSQN põhimõtet, vaid hoopis kahju määramisel. *Loss of chance* põhimõtte eeliseks on, et see ei vii „kõik-või-mitte-midagi lahenduseni“, vaid kahju hüvitamisele seotuna tegelikult põhjustatud kahjuga. Seega vähendatakse võimalust „võita“ ebakindlusest. Antud põhimõtte puhul tekitab vastuolu asjaolu, et tegemist on mitmete tõenäosuste hindamisega ning tekkiv kahju on hüpoteetiline.

Magistritöös uuris autor ka tõenäosusliku põhjusliku seose tuvastamist, mille näol oleks tegemist n-ö osalise kausaalsusega. Tõenäosusliku põhjusliku seose rakendamine viiks kahju hüvitamisel teatud juhtudel samale tulemusele, mis võimaluse kaotuse põhimõtegi. Käesoleva töö autor on aga seisukohal, et tõenäosusliku põhjusliku seose tuvastamisel tekkiks probleeme sobitumisel VÕS § 127 lg-ga 4, kuna tegemist on nõ osalise kausaalseosega, mis ei sobiks hästi kokku Euroopa Kohtu praktikaga, millest tulenevalt peab põhjuslik seos olema piisavalt otsene. Seda võib ka nii vaadata, et ilmselt poleks ühiskond veel valmis tunnistama osalist põhjuslikku seost, kuna tegemist oleks veelgi hüpoteetilisema lähenemisega kahju hüvitamisel, kui seda on võimaluse kaotuse põhimõte.

Töö autor pooldab seisukohta, kus võimaluse kaotuse kahju näol ei ole tegemist saamata jäänud tuluga, kuigi neil kahel kahju liigil on sarnasusi, nt on mõlemal juhul tegemist hüpoteetilise kasu saamise võimaluse hindamisega. Ka Euroopa Kohtu praktikast nähtub, et tegemist on varalise kahjuga, kuid see ei samastu saamata jäänud tuluga, kuna on märksa hüpoteetilisem. Eesti õiguses on võimalus *loss of chance* kahju hüvitada tulenevalt VÕS § 127 lg 2, mille kohaselt kuulub hüvitamisele kahju, mille tekkimist antud kohustus pidi ära hoidma, ja VÕS § 128 lg-st 2, mis sätestab varalise kahju lahtise loetelu. Sel juhul tuleks mõlemat sätet tõlgendada laiendavalt. Kuna võlaõigusseadus sätestab ebakindla kausaalseose puhuks eraldi sätte VÕS § 138 näol, mis reguleerib mitme kahju põhjustaja korral kahju hüvitamist, võiks seda teha ka juhtudeks, kus üks kahju võimalikke põhjuseid on kannatanu enda sfääris. Näiteks võiks võlaõigusseadust täiendada §-ga 138¹ järgmises sõnastuses: „Kahju hüvitamine võimaluse kaotuse korral. Kui kahju seisneb kasu saamise või kahju vältimise võimaluse kaotuses, võib nõuda kahju hüvitamist kaotatud võimaluse eest, kusjuures sellel peab olema mõistlik võimalus realiseerumiseks.“

Uurides võimaluse kaotuse põhimõtte kasutamist, nähtub, et põhimõtet rakendatakse peamiselt valdkonnapõhiselt, kuid ei saa öelda, et see oleks piiratud üksnes lepingu või deliktiõiguse juhtumitega. Peamised põhimõtte rakendusvaldkonnad on tervishoiuteenuste, õigusabiteenuste osutamise juhud, samuti avalike konkurssidega ametnike leidmiseks ning avalik-õiguslikes suhetes tekkinud kahju nõuded riigi vastu.

Meditasiiniõiguses teeb võimaluse kaotuse kasutamise põhimõtte rakendamise lihtsamaks asjaolu, et patsiendi seisundit mõõdetakse mitmete tehnikavahenditega ning patsient on haiglas järgimise all. Seetõttu on võimalik mõõta erinevatel ajahetkedel patsiendi tervenemise tõenäosusi ning jälgida meditsiinipersonali tegusid/tegevusetust. Võimaluse kaotuse

rakendamine meditsiinivaldkonnas on suurema tähelepanu all, kui mujal valdkondades, sest inimestel on ainult üks elu ning püsiva tervisekahjustuse tekkida on koheselt tunda elukvaliteedi langus ja/või sissetuleku vähenemine.

Õigusabiteenuste osutamisel on võimaluse kaotus pälvunud tähelepanu eelkõige seetõttu, et isikud pöörduvad kohtusse olukorras, kus nad tunnevad, et asjad peaksid olema teisiti lähtuvalt nende õiglustundest. Samuti on koheselt tuvastav, et isik kaotab võimaluse (võimalus hävib) kasu saada/kahju vältida, kui tema nõuet ei arutatagi kohtus, nt seetõttu et advokaat hilineb kohtule nõude esitamisega. Isikul on nõ viimane võimalus õiglus jalule seada kohtu abil, kuid advokaadi tõttu jääb ta sellest õigusest ilma. Õigus kohtusse pöörduda oma õiguste kaitseks on põhiseaduses sätestatud, seetõttu veelgi enam tundub kannatanule, et talle on kahju tekkinud.

Võimaluse kaotuse põhimõtet on rakendatud ka olukorras, kus ametnikud on ebaõigesti välja arvatud töökohale kandideerimise konkurssidest. Euroopa Kohus on öelnud, et sellise käitumise tulemusel on töötaja kaotanud võimaluse, mis kujutab endast kindlat ja tegelikku kahju. Sarnast argumentatsiooniliini kasutatakse olukorras, kus pakkuja on õigusvastaselt välja arvatud avalikust hankest. Väljatoodud võimaluse kaotuse rakendamise valdkonnad pole ainsad, kuid tegemist on kohtupraktikas levinumate valdkondadega.

Edasine uurimine võiks hõlmata põhjusliku seose tuvastamist, kui on arvesse võetud kahju erinevate võimalike põhjustena kostja tegu, teiste võimalike kostjate tegusid, hageja enda tegu ja looduslikku faktorit ning käsitleda täpsemalt kahju hüvitamise arvutamise metoodikat. Selline uurimine vajaks rohkem matemaatika ja tõenäosusteooriate käsitlemist, mh on seda teinud U.Schweizer (Legal damages for losses of chances. – International Review of Law and Economics, 2009, Vol 29, pp 153-160) ja Young, R. Faure, M., Fenn, P. (Causality and Causation in Tort Law. – International Review of Law and Economics, 2004, pp 507-523).

The Loss of Chance Doctrin and its Application Possibilities in Estonian Law. Summary

It has been noticed that sooner or later one who is interested in private law will face the question about causality. In Estonian private law there is a requirement for the plaintiff to prove the damage arisen from contract or delict, the wrongful act of defendant or breach of contract and also the causal nexus between the damage occurred and the infringement in order to get compensation. Traditionally Estonian law requires using *condition sine qua non* (latin, hereinafter: CSQN) principle to prove the causal nexus. However, sometimes using CSQN principle will not lead to right conclusions. For example, in a situation when damage is caused by multiple tortfeasors or when one cause lies within the victim's sphere.

The goal of this work is to analyze the current use of CSQN principle and requirements of application of this principle. Also to draw attention to some of the weaknesses of CSQN principle and point out different solutions which are in use to overcome these difficulties. Furthermore, the aim of this master thesis is to ascertain if the application of loss of chance is possible in Estonian law or it requires supplementation of Law of Obligations Act (hereinafter LOA) and in what case groups it could be used mostly.

In legal literature it is stated that two aspects of causation are distinguished: the liability-founding causation (*haftungsbegründende Kausalität* in German) and the liability-specifying causation (*haftungsausfüllende Kausalität* in German). The liability-founding causation is needed to evaluate if there is some kind of harm caused by defendant's conduct. The liability-specifying causation is needed to determine that there is relation between the infringement of right and the ultimate damage. Furthermore there are two phases of finding causal nexus: firstly, finding factual causal nexus and secondly, legally relevant cause. In this work author concentrates on first phase of finding causal nexus and excludes the second one. Furthermore finding the damages, author excludes non-pecuniary claims.

Firstly one needs to bear in mind that application of CSQN principle has long history while it has been used in first phase of finding causality. Following hypothetical case will illustrate the main idea of principle. Let us suppose that the hunter is in woods and is aiming to shoot an animal. Through the woods runs public road and accidentally person will be shot instead of the animal and will suffer damage. The inquirer should ask but for hunter's careless shot would the victim have suffered damage. In common law countries CSQN will be also named *but-for* causation.

In practice of European Court of Justice stipulates also that there needs to be causal link between the damage occurred and the infringement and it is up to national courts to enact these provision in domestic law. However the court has also pointed out that the causal nexus needs to be certain, but it cannot be especially direct. For example in a case *Kone AG and others* (C 557/12 P) European Court of Justice affirmed, that the victim of umbrella pricing may obtain compensation for the loss caused by the members of a cartel, even if it did not have contractual links with them. This conclusion also indicates that causal nexus may constitute in causal chain which is initiated by the act of alleged infringer. Supreme Court of Estonia has also stated the same possibility in case nr 3-2-1-125-03.

It has been noticed that finding causal nexus between the damages and infringement will not raise particular problems when there is one tortfeasor. Let us modify the hunter's case. Let's say there were two hunters who were aiming at the animal at the same time. Person who was walking by got shot. It is impossible to verify whose shot injured the person. For that case LOA § 138 lg 1 enacts following: "If several persons may be liable for damage caused and it has been established that any of the persons could have caused the damage, compensation for the damage may be claimed from all such persons." Then the victim may claim for damages from each person to an extent in proportion to the probability that the damage was caused by the person concerned. German law stipulates three conditions which must be met in order to initiate a claim based on common liability: 1) one or more persons must have created a risk in a way that is legally attributed to them, 2) it is certain that the actions of each of them alone could have caused the loss, to extent it was caused by each of them can no longer be established, 3) it is impossible to determine which person actually caused the loss. It is noticed that the same approach has been taken by the Supreme Court of Estonia (3-2-1-19-15 p 12).

Let us make another example: suppose an adolescent falls from tree. He breaks his leg and he will be hospitalized. His leg will be put in a plaster cast. During the hospitalization, boy will complain about hurting leg and it seems that the color of the toes has turned brown. However doctor on duty supposes it is regular complaint considering bone fraction and will not do anything. Apparently the gangrene will develop and the leg needs to be removed. Patient argues that he lost his leg because of doctor's negligence. However doctor argues but for his negligence the leg might have been removed also due to the natural course of events, in other words it is not certain what caused the gangrene.

In these kind of situations courts of Germany and Estonia will shift the burden of proof what regards to causation. In this case plaintiff has to prove the damages, infringement and the possibility that infringement may have caused the damage. It is not necessary for plaintiff to prove that any other circumstanced did not cause the damage. Furthermore, if defendant wants to avoid liability he needs to prove that some other facts caused the damage more likely than his infringement. However the main idea of CSQN remains untouched. Court needs to weigh did the damage occur but for the defendants conduct. The main concern applying CSQN principle is that it leads to all-or-nothing compensation. In one case the plaintiff will receive full compensation, in other, he will not receive anything. This is one aspect why subjects of law may feel that CSQN principle is unfair. Some countries (e.g. Belgium) are not in favor of shifting the burden of proof because there is presumption of innocence in criminal proceedings.

However some courts have adopted loss of chance doctrine, especially courts in France and Italy. The main idea of this doctrine is that court finds that defendant has lost the chance to achieve favorable outcome or to avoid damage due to defendant's infringement or negligence. In that case plaintiff will recover damages for the lost chance, not for the ultimate damages. For example, in the case where boy fell from tree the plaintiff may seek for compensation for the lost chance of curing, not for the loss of leg.

Loss of chance doctrine has been used in situations where one cause of damages in defendant's sphere and another one is in victim's sphere, however it cannot be said that one or another cause may have caused the ultimate damages (compare with LOA § 138). Also, it can be evaluated how likely it is that the defendant's act caused the damage, attributed to ultimate damages. Here arises another question, is loss of chance a partial compensation or is it a full compensation. The author of this master thesis concluded that loss of chance enables more likely compensation that should be regarded as full compensation, but not for the ultimate damages, for the damage that was caused by the defendant.

The advantage of this idea is that it leads to more accurate compensation and it would be clear what needs to be done in order to avoid liability. If plaintiff loses a chance to recover, the defendant must pay damages related to the particular loss of chance, not for the final damage. Also, once the loss of chance is determined, the CSQN test may be used for causal nexus, in other words, but-for the defendant's act/failure to act, the plaintiff lost the chance. The

disadvantage of this idea is that would be complicated to assess how the infringement contributed to the final loss, because the loss may have entirely caused by the natural chain of events or vice versa. However it seems more just as well as it can be considered as social agreement that risk of unfavorable outcome is divided between plaintiff and defendant, who has acted negligently or breached a contract.

As a digression it was briefly looked into probabilistic causation matters. This principle is alternative to CSQN causation principle and it enables to affirm the causal nexus between the damage and infringement when it is shown that infringement increased the likelihood of damage. For that reason two probabilities will be assessed and compared: the probability of the favorable outcome without infringement (substituted with required care) $x\%$ and the probability of favorable outcome considered infringement $y\%$. If the probability of favorable outcome is decreased ($x < y$), then there is sufficient causal nexus between the damage and defendant's act/failure to act. What is more this principle can be modified in a way, that court sets certain threshold for the difference between x and y . For instance, if $y - x < 10\%$, then court can rule this is considered as insufficient causal nexus. This is recognized for example in West Virginia in USA. What is more, the European Court of Human Rights may declare individual application inadmissible if it considers that applicant has not suffered a significant disadvantage (European Convention on Human Rights article 35 subsection 3.b). author also concluded that after finding the probabilistic causal nexus the assessment of damages needs to take place and the same methods could be used as for assessing the loss of chance damages. Considering this the probabilistic principle and loss of chance principle will lead to same amount of compensation.

There are different methods to calculate the damage on the basis on loss of chance principle, in other words different ways to find the loss of chance. One way to calculate loss of chance damages is to find probability of favorable outcome and multiply it with final damages. Another way is to take into account the probability of favorable outcome (without infringement and substituted with required care) and the probability of favorable outcome taking into account the infringement. The difference between those probabilities should be multiplied with final-damages. However, there are more complex and precise models to calculate the loss of chance, for example carried out by scholars such as U. Schweizer and R. Young, which were not analyzed in this work.

Furthermore it was analyzed if using loss of chance doctrine would be in accordance with Estonian law and in which case groups it could be used. Article 25 of Constitution of Estonia enacts that “Everyone is entitled to compensation for intangible as well as tangible harm that he or she has suffered because of the unlawful actions of any person.” For that reason the legislator has to provide possibilities in law to seek for compensation for unlawful actions. According to difference hypothesis stipulated in LOA § 127 lg 1 the aggrieved person needs to be put in a situation as near as possible to that in which the person would have been if the circumstances which are the basis for the compensation obligation had not occurred. In author’s opinion it enables to put person in situation before unlawful act, but it does not necessarily mean that the person needs to be put in situation where there is no risk of damages. It still needs to be taken into account that there was a risk which is under victim’s sphere. However LOA § 127 lg 2 enables compensation for the extent that prevention of damage was the purpose of the obligation. In author’s opinion it allows compensation for the loss of chance as it was defendant’s duty to protect the chance of favorable outcome, however he could not have assured certainly the favorable outcome, since it is hypothetical and depends on many factors (human decisions, plaintiffs overall health or conditions etc.). Moreover, LOA § 128 enacts the types of damage subject to compensation. According to LOA § 128 lg 2 “Patrimonial damage includes, primarily, direct patrimonial damage and loss of profit.” Author of this master thesis finds that loss of chance is neither direct damages nor loss of profit, but loss of chance is different kind of patrimonial damages as it is more hypothetical than loss of profit. This is supported by the opinion of Advocate General, P.C. Villalon, in *Giordano* (C-611/12 P) where he finds that loss of chance differs from loss of chance because latter is considered as absolute damage.

In order to apply loss of chance doctrine in Estonian law the provision of LOA need to be interpreted widely. For that purpose author suggests supplementing LOA with following article “§ 138¹. Compensation for damage in case of loss of chance. If damage occurred is considered as loss of chance to achieve favorable outcome or to avoid damage because of the unlawful actions of any person, the aggrieved person is entitled to seek compensation for that lost chance, however the chance has to have reasonable opportunity to materialize.”

The main case groups where loss of chance is used concern medical malpractice, legal aid and competition claims, also public officials’ claims to gain certain position. In medical malpractice cases the loss of chance is easier to use because patient’s condition is under surveillance in hospital. Also, the chances are valued highly in medicine because they are

associated with life and any chances in health condition will influence person's quality of life. In legal aid cases, especially in advocate's negligence cases where advocate fails to present claim to court, at first place it is also quite evitable to identify the loss of chance. Person feels that his right to seek justice from court is deprived, since he has no chance left to "turn things around". European Court has affirmed loss of chance associated with competition claims and officials' claims to gain certain position, indicating that it is certain damage caused by infringement, when official was unlawfully left out from competition to achieve vacant position or when company was unlawfully left out from tendering procedure.

In conclusion, it appears that loss of chance doctrine has been used in several countries, for example in France, Italy, USA, as well as to some extent in the practice of European Court and European Court of Human Rights. Taking into consideration the difficulties that arise from application of CSQN principle as well as pros and cons of loss of chance doctrine, author finds that loss of chance doctrine should be used in some cases in Estonian law.

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Kasutatud kirjandus

1. Aagaard, T.S. Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases. – Michigan Law Review, 1998, Vol. 96, No. 5, pp 1335-1361.
2. Alexy, R. The Dual Nature of Law. – Law of Ukraine, 2011, nr 1, pp 39-50.
3. Blond, N.C. Blond's Law Guides: Torts. New York, Aspen Publishers, 2009.
4. Calabresi, G. Concering Cause and the Law of Torts: An Essey for Harry Kalven, Jr. – University of Chicago Law Review, 1975, Vol. 43, Issue 1, pp 69-108.
5. Calabresi, G., Klevorick, A.K., Four Tests for Liability in Torts. – Faculty Scholarship Series, Paper 3744, 1985, pp 585-627. Available:
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4751&context=fss_papers (23.04.2015).
6. Callens, S. Medical Liability in Belgium. Four Selected Cases. – European Journal of Health Law, 2003, pp 115-133.
7. El-Haj, A. The Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice: A Lost Case? 2010, p 16. Available: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1674415 (24.04.2015)
8. Fenyves, A. et al. Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. – Tort and Insurance Law, Vol 30. De Gruyter: Berlin; Boston. 2011.
9. Ferreira, R.C. The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. – Maastircht Journal of European and Comparative Law, 2013, No. 1, pp 56-74.
10. Ferrera, S.D. (ed); Boscolo-Berto, R., Viel G., (co-ed). Malpractice and medical liability: European state of the art and guidlines. Berlin: Heidelberg: Springer, 2013.
11. Fischer, D.A. Tort Recovery for Loss of a Chance. – Wake Forest Law Review, 2001, pp 605-655.
12. Frasca, R.R. Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages. University of Dayton, pp 1-23. Available:
<http://academic.udayton.edu/Lawecon/Readings/Paper%20-%20Loss%20of%20chance%20for%20LE%20Class.pdf> (24.04.2015)
13. G'Sell-Macrez, F. Medical Malpractice and Compensation in France: PartI: the French Rules of Medical Liability since Patients' Rights Law of March 4, 2002. – Chicago-Kent Law Review, 2011, Issue 3, pp 1093-1123.

14. Graziano, T.K. All or Nothing or Partial Liability in Cases of Uncertain Causality. – *European Review of Private Law*, 2008, pp 1009-1042.
15. Hart, H.L.A., Honore, T. *Causation in the Law*. New York: Oxford University Press, 2002.
16. Hill, T. A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. – *The Modern Law Review*, 1991, Vol. 54, No. 4, pp 511-523.
17. Jansen, N. The Idea of Lost Chance. – *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, Vol. 19, No. 2, pp 271-296.
18. Kaleda, S.L. Claims for damages in EU procurement and effective protection of individual rights. – *European Law Review*, 2014, 39(2), pp 193-209.
19. Kalev, E. The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within Victim's Sphere. – *Juridica International*, 21/2014, pp 206-217.
20. Kalmo, H. How Comparable are Legal Concepts? The Case of Causation. – *Juridica International* 11/2006, pp 45-54.
21. Kaugia, S. Küsimus õigest õigusest. – *Juridica*, 2009, nr 2, lk 67-75.
22. Kaugia, S. Õigusteadvuse mõiste konstruktsioonid. – *Juridica*, 2012, nr 2, lk 112-121.
23. King, J.H. Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*, 1981, Vol. 90, pp 1353-1397.
24. Kingisepp, M. Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. *Dissertationes Iuridicae Universitas Tartuensis*. Tartu, 2002. Tartu Ülikooli Kirjastus, doktoritöö.
25. Kingisepp, M. Kausaalõpetused ja võlaõigus. – *Juridica*, 2003, nr 3, lk 154-160.
26. Kirspuu, K. Varalise kahju hüvitamise üldpõhimõtted ja kahjuhüvitise vähendamine VÕS § 140 lg 1 järgi. Magistritöö, 2010.
27. Koch, B.A. (ed). *Medical Liability in Europe: a comparison of selected jurisdictions*. Berlin: de Gruyter, 2011.
28. Kull, I, Käerdi, M, Kõve, V. *Võlaõigus I: üldosa*. Tallinn: Juura.
29. Lahe, J. *Süü deliktiõiguses*. Doktoritöö. Tartu, 2005.
30. Leesik, M. Põhjuslikkuseseose kontrollimise alused ja nende võrdlev dogmaatilise sisustamine delikti üldkoosseisu puhul Eesti õiguses. Magistritöö. Tartu, 2012.
31. Lester, R. The „Substantial Factor Test“ for Causation: *Judeman v. Montana Deaconess Medical Center*. – *Montana Law Review*, 1987, Vol. 48, Issue 2, pp 391-400.

32. Lord Walker, Loss of a Chance and a Chance of Loss, 2009, p 11. Available: <http://www.iclr.co.uk/assets/media/iclr-annual-lecture-transcript-2009.pdf> (25.04.2015)
33. Madise, Ü jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2012.
34. Markesinis, B.S, Unberath, H. The German law of torts: a comparative treatise. Oxford; Portland (Oreg.): Hart, 2002.
35. Narits, R. Eesti õiguskord ja väärtusjurisprudents. – Juridica, 1998, nr 1, lk 2-6.
36. Narits, R. Elutee, mis oli pühendatud õigluse otsinguile. Ilmar Tammelo. – Juridica, 2002, nr 9, lk 635-638.
37. Narits, R. Space and Time as Central Issues of Society's Perception of Law. Integral Link between Law and Time and Space. – Juridica International, 2003, pp 120-127.
38. Ozarowski, M. Copyright Law: When is „substantial“ substantial enough? – Journal of Technology Law & Policy, 2006, Vol. 11, Issue 1, pp. 103-112.
39. Price, D.T.T. The Lords Lost Chance. – The International and Comparative Law Quarterly, 1989, Vol. 38, No. 4, pp 735-760.
40. Reece, H. Losses of Chances in the Law. – The Modern Law Review, 1996, Vol. 59, No. 2, pp 188-206.
41. Robertson, D.W. The Common Sense of Cause in Fact. – Texas Law Review, 1997, Vol. 75, Issue 7, pp 1765-1799.
42. Sanders, J., Green, M.D., Powers, W.C. The Insubstantiality of the 'Substantial Factor' Test for Causation. – Missouri Law Review, 2008, Vol. 73, pp 401-431.
43. Schweizer, U. Legal damages for losses of chances. – International Review of Law and Economics, 2009, Vol. 29, pp 153-160.
44. Shavell, S. An Anlysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. – The Journal of Legal Studies, 1980, Vol. 9, No. 3, pp 463-516.
45. Stauch, M. Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. – Oxford Journal of Legal Studies, 1997, Vol. 17, No. 2, p 205-225.
46. Sõritsa, D. Tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus. Magistritöö, 2012.
47. Tampuu, T. Deliktiõigus võlaõigusseaduses. Üldprobleemid ja delikti üldkoosseisul põhinev vastutus. – Juridica, 2003, nr 2, lk 71-82.
48. Tampuu, T. Lepinguvälised võlasuhted. Õigusteaduse õpik. Tallinn: Juura, 2012.
49. Tructor, M.L. Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival. – University of Dayton Law Review, 1999, Vol. 24, Winter, pp 349-373.
50. van Dam, C. European Tort Law. Oxford University Press, 2006.

51. Varul, P. jt (koost) Võlaõigusseadus I. Üldosa (§ 1-207). Komm vlj Tallinn: Juura 2006.
52. Wilde, M. Civil Liability for Environmental Damage: A Comapartive Analysis of Law and Policy in Europe and the United States. Kluwer Law International, 2002.
53. Winiger, B et al (eds). Digest of European Tort Law. Volume I: Essential Cases on Natural Causation. Springer-Verlag/Wien 2010.

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

54. RK 3-2-1-90-99, 19.10.1999.
55. RK 3-2-1-56-02, 21.05.2002.
56. RK 3-2-1-92-03, 14.07.2003.
57. RKTko 3-2-1-125-03, 10.12.2003.
58. RKTko 3-2-1-149-05, 07.12.2005.
59. RKTko 3-2-1-53-06, 26.09.2006.
60. RKTko 3-2-1-78-06, 03.10.2006.
61. RKTko 3-2-1-45-08, 18.06.2008.
62. RKTko 3-2-1-60-09, 03.06.2009.
63. RKKrK 3-1-1-79-10, 29.11.2010.
64. RKTko 3-2-1-171-10, 08.04.2011.
65. RKTko 3-2-1-55-11, 21.06.2011.
66. RKTko 3-2-1-64-12, 29.05.2012.
67. RKTko 3-2-1-173-12, 08.01.2013.
68. RKTko 3-2-1-175-12, 15.02.2013.
69. RKTko 3-2-1-129-13, 11.12.2013.
70. RKTko 3-2-1-148-13, 08.01.2014.
71. RKTko 3-2-1-177-14, 24.03.2015.
72. RKTko 3-2-1-19-15, 08.04.2015.
73. Tartu Ringkonnakohtu 2-10-61884, 02.12.2013.
74. Tallinna Ringkonnakohus 2-09-9677, 14.05.2010.
75. Viru Maakohus 2-06-9959, 28.09.2012.
76. Tartu Maakohus 2-05-2065, 28.06.2006.

Euroopa Kohtu praktika

- 77. EKo 04.10.1979 liidetud kohtuasjades nr 64 ja 113/76, 167 ja 239/78, 27, 28 ja 45/79, *Dumortier jt vs. nõukogu*
- 78. EKo 13.07.2006 liidetud kohtuasjades nr C-295/04 ja C-298/04, *Manfredi*.
- 79. EKo 09.11.2006 nr C 243/05 P, *Agraz jt vs komisjon*.
- 80. EKo 21.02.2008 nr C 348/06 P, *komisjon vs Girardot*.
- 81. EKo 18.03.2010 nr C-419/08 P *Trubowest Handel ja Makarov vs. nõukogu ja komisjon*
- 82. EKo 26.01.2010 nr C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*.
- 83. EKo 07.11.2013 nr C-72/12, *Gemeinde Altrip jt*.
- 84. EKo 05.06.2014 nr C-557/12 *Kone AG jt*.
- 85. EKo 05.06.2014 nr C-557/12 *Kone AG jt*, kohtujuristi J.Kokott ettepanek.
- 86. EKo 19.06.2014 nr C-531/12 P, *Commune de Millau ja SEMEA vs. Komisjon*.
- 87. EKo 14.10.2014, C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*.
- 88. EKo 14.10.2014 nr C-611/12 P, *Giordano vs. komisjon*, kohtujurist P.C.Villalon ettepanek.

Euroopa Üldkohtu praktika

- 89. EÜKo 16.12.1993 nr T-20/89, *Moritz vs. komisjon*.
- 90. EÜKo 31.03.2004 nr T-10/02, *Girardot vs. komisjon*.
- 91. EÜKo 20.09.2011 nr T-461/08, *Evropaiki Dynamiki vs. EIP*.

Euroopa Inimõiguste Kohtu praktika

- 92. EIK 14.12.1999, nr 34791/97, *Khalifaoui v. France*, p 58.
- 93. EIK 25.01.2007, nr 68354/01, *Ereiningung Bildener Künstler v. Austria*, p 44.
- 94. EIK 12.04.2007, nr 52435/99, *Ivanova v. Bulgaria*, p 97
- 95. EIK 19.07.2007, nr 71440/01, *Freitag v Germany*, p 64.
- 96. EIK 08.01.2008, nr 44587/98, *Isaak v. Turkey*, p 138.
- 97. EIK 05.06.2009, nr 27251/03, *Shakhgiriyea jt v. Russia*, p 193, 203.

98. *Anderson v. Minneapolis, St Paul and Sault St. Marie Railway Co*, Supreme Court of Minnesota, 1920, 146 Minn. 430.
99. *Kingston v. Chicago & NprthWest Railway Co.*, Wisconsin Supreme Court, 1927, 191 Wis. 610.
100. *Mc Ewen v. Ortho Pharmaceutical Corporation*, Oregon Supreme Court, 1974, 528 P.2d 522.
101. *LeJeune v. Allstate Ins. Co.* Supreme Court of Louisiana, 1978, 365 So.2d 471.
102. *Clark v. Leisure Vehicles*, Supreme Court of Wisconsin, 1980, Inc. 96 Wis. 2d 607.
103. *Rudeck v. Wright*, Supreme Court of Montana, 1985, 709 P.2d 621.
104. *Kyriss v. State*, Supreme Court of Montana, 1985, 707 P.2d 5.
105. *Summers v. Certained Corp.*, Supreme Court of Pennsylvania, 1997 A.2d 1152.
106. *Rutherford v. Owens-Illinois, Inc*, California Supreme Court, 1997, 16 Cal.4th 953.
107. *Bockrath v. Aldrich Chemical Company*. Court of Appeal of California, 1998, 64 Cal.App.4th 1.
108. *Mayes v. Bryan*, Court of Appeal California, 2006, 139 Cal.App.4th 1075.
109. *Raven H. v. L.Gamette*, Court of Appeal of California, 2007, 157 Cal.App.4th 1017.

Kasutatud normatiivmaterjal

110. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 11.04.2014, 13.
111. Tsiviilkohtumenetluse seadustik . – RT I 2005, 26, 197 ... RT I, 19.03.2015, 26.
112. Eesti Vabariigi põhiseadus . – 1992, 26, 349 ... RT I, 27.04.2011, 2.
113. Euroopa Liidu Toimimise Leping – Euroopa Liidu Teatja C 326, 26/10/2012.
114. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon . – RT II 2000, 11, 57.
115. Dutch Civil Code, BW. Available:
<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> (23.04.2015)
116. German Civil Code, BGB. Available: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (23.04.2015).
117. French Code Civil. Available: <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> (23.04.2015)

Kasutatud muud materjalid

118. Euroopa Liidu Kohus. Veebilehekülg. Kättesaadav:
http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ (23.04.2015)
119. Californi Civil Jury Instructions No. 430: Causation, substantial Factor. Available:
<https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/400/430.html> (23.04.2015).
120. Californi Civil Jury Instructions No. 431: Multiple Causes. Available:
<https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/400/431.html> (23.04.2015)
121. Ius Commune Casebooks – Tort Law p 428/16
<http://www.casebooks.eu/documents/tortLaw/heading4.2.3.pdf> (23.04.2015)
122. Lord Walker, Loss of a Chance and a Chance of Loss, 2009, p 4. Available:
<http://www.iclr.co.uk/assets/media/iclr-annual-lecture-transcript-2009.pdf>
(25.04.2015)

Kasutatud lühendid

VÕS – võlaõigusseadus

ELTL – Euroopa Liidu Toimimise Leping

EIK – Euroopa Inimõiguse Kohus

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, saksa tsiviilseadustik

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Aira Praakle,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Võimaluse kaotuse põhimõtte ja selle kasutamise võimalused Eesti õiguses“, mille juhendaja on *mag iur* Tambet Tampuu;
 - 1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile;
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 04.05.2015